

Risikoen for uforutsette grunnforhold i entreprisekontrakter



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 637

Leveringsfrist: 25. nov. 2009

Til sammen 15087 ord

Veileder: Adv. Dr. juris Jan Einar Barbo

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Fremstillingens tema og formål	1
1.2	Rettskildematerialet	2
1.2.1	Alminnelig kontraktsrett	2
1.2.2	Standardkontraktene	2
1.2.3	Rettspraksis	3
1.2.4	Norsk, svensk og dansk litteratur	4
1.3	Avgrensninger	5
<u>2</u>	<u>RISIKOFORDELINGEN NÅR GRUNNFORHOLDENE SVIKTER</u>	<u>6</u>
2.1	Nærmere om problemstillingen og risikovirkningene	6
2.1.1	Utførelsesentreprise eller totalentreprise	6
2.1.2	Vederlagsberegningens betydning for risikoplasseringen	7
<u>3</u>	<u>RISIKOFORDELINGEN VED UTFØRELSESENTREPRISE</u>	<u>8</u>
3.1	Funksjonsfordelingen i utførelsesentreprise	8
3.2	Problemstillingen	8
3.3	Utgangspunktet: Byggherren bærer risikoen for grunnforholdene	9
3.3.1	NS 8405 pkt. 19.3	9
3.3.2	NS 8405 pkt. 19.2	12
3.4	Risikoen for geologisk materiale	15
3.4.1	NS 8405 pkt. 19.3, jfr pkt. 19.2	16
3.4.2	Rettspraksis	16
3.4.3	Juridisk teori	18
3.4.4	Reelle hensyn	18

3.4.5	Konklusjon	19
3.4.6	Individuelle grunnforholdsklausuler	19
3.5	Aktsomhetskravet ved risikovurderingen	21
3.5.1	NS 8405	21
3.5.2	Tidspunktet for entreprenørens risikovurdering	24
3.6	Entreprenørens undersøkelsesplikt når byggherren ikke har gitt opplysninger	25
3.6.1	NS 8405	25
3.6.2	Rettspraksis	26
3.6.3	Juridisk teori	27
3.6.4	Reelle hensyn	28
3.6.5	Svensk og dansk rett	31
3.6.6	Konklusjon	33
<u>4</u>	<u>RISIKOFORDELINGEN VED TOTALENTPREPRISE</u>	<u>34</u>
4.1	Noen utgangspunkter for risikofordelingen	34
4.2	Problemstillingen	35
4.3	NS 3431	36
4.4	Byggherrens opplysningsrisiko og opplysningsplikt	36
4.4.1	NS 3431	37
4.4.2	Rettspraksis	38
4.4.3	Juridisk teori	39
4.4.4	Reelle hensyn	40
4.4.5	Svensk og dansk rett	41
4.4.6	Konklusjon	42
4.4.7	NS 3431 er ikke vedtatt som del av kontrakten	43
4.5	Totalentreprenørens risiko for grunnforholdene	44
4.5.1	Byggherren har gitt uriktige opplysninger	46
4.5.2	Rettspraksis	47
4.5.3	Teori	49
4.5.4	Reelle hensyn	50

4.5.5	Svensk og dansk rett	51
4.5.6	Konklusjon	53
4.6	Det foreligger ingen opplysninger fra byggherren	53
4.6.1	Rettspraksis	53
4.6.2	Juridisk teori	55
4.6.3	Reelle hensyn	56
4.6.4	Konklusjon	58
4.6.5	NS 3431 er ikke vedtatt som del av kontrakten	58
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>

1 Innledning

1.1 Fremstillingens tema og formål

Hensikten med fremstillingen er å redegjøre for risikofordelingen ved uforutsette grunnforhold for henholdsvis utførelses- og totalentrepriser.

Det er et grunnleggende trekk ved entrepriser at kontraktsavviklingen ofte vil skje under rammebetingelser partene i liten grad er herre over. Uventede vansker i grunnen er en svært aktuell problemstilling i bygg- og anleggsbransjen, og medfører ofte betydelige økonomiske konsekvenser som følge av forsinkelser og merkostnader for byggeprosjektet. Når grunnforholdene er annerledes enn det partene hadde forutsatt på forhånd gir dette ofte direkte utslag i fremdriften av prosjektet.

Det prinsipielle spørsmålet blir å avgjøre hvem av partene i entreprisekontrakten som må bære risikoen for de uventede grunnforholdene.

Risikofordelingen kan baseres på partenes kontraktsregulering, lov, bakgrunnsretten eller på grunnlag av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper¹.

Blir entreprenøren pålagt risikoen innebærer det at han må overvinne problemene for å levere kontraktsmessig og således kunne opprettholde kravet på det avtalte vederlag. Da må han selv ta regningen for mannskapsøkning for å levere innen fristen, eventuell innleie av eksterne folk, problemer i forhold til ventende prosjekter og feilbestillinger.

Bærer byggherren risikoen for grunnforholdene vil entreprenøren ha krav på å få vederlaget justert, det vil si tilleggsvederlag sammen med det kontraktsmessig fastsatte vederlaget.

Entreprenøren vil også kunne ha krav på fristforlengelse fordi de uforutsette grunnforholdene medfører at byggearbeidene forsinkes.

¹ Jfr. eksempelvis Salhusbrodommen Rt. 1999 s. 922, der flertallet (3 dommere) bygget risikofordelingen på forutsetningslæren, mens mindretallet (2 dommere) bygget på avtl. § 36.

1.2 Rettskildematerialet

1.2.1 Alminnelig kontraktsrett

Entrepriseretten skiller seg som utgangspunkt ikke fra alminnelig kontraktsrett. Når partenes rettigheter og plikter skal fastlegges, må løsningen først og fremst søkes i partenes kontraktsregulering. Kontrakten må tolkes og utfylles i henhold til avtalerettens tolkningslære. Er meningsinnholdet etter en tolking fremdeles ikke klarlagt, må kontrakten som utgangspunkt utfylles med grunnlag i bakgrunnsretten. Alminnelige entrepriserettslige regler vil derfor komme til anvendelse i den grad kontrakten selv ikke regulerer spørsmålet.

1.2.2 Standardkontraktene

Det foreligger ingen lovregulering av profesjonelle entrepriser. Standardkontraktene har derfor gradvis vokst frem som den fremste reguleringen på entreprisefeltet. Det foreligger to hovedtyper. Den ene typen er standardkontrakter som eksempelvis Statsbyggs og Statens vegvesens standardregulering. Disse bygger på NS-kontrakter, men vil i tillegg ha inntatt *ensidige* utformede kontraktsvilkår. Av relevans her er individuelle grunnforholdsklausuler. Den andre kategorien er ”agreed documents”. Disse vil stå sentralt i fremstillingen. Dette er standardkontrakter som er fremforhandlet mellom representanter for partene i bransjen og deres bransjeorganisasjoner. Disse bærer ofte preg av å inneholde kompromisser. De foreligger i et stort antall og spekter.

Det foreligger ikke forarbeider fra forhandlingene. I den grad det skulle være nedfelt noe, så er de heller ikke alment tilgjengelige og av den grunn ikke relevant som rettskilde.

Relevante standardkontrakter for utførelsesentreprise er NS 8405 ”Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg-og anleggsbestemmelser”. NS 8405 forelå i ny utgave i 2008.²

² Tidligere kontraktsstandarter for utførelsesentreprise er NS 3430, NS 3401, NS 401 A og NS 401.

NS 8406 "Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt" er utformet med henblikk på bruk i de relativt sett mindre komplekse prosjekter.³ NS 8406 behandler jeg bare i den grad det reiser seg prinsipielle tolkingforskjeller med hensyn til risikofordelingen etter standarden. For øvrig refererer jeg drøftelsene til bestemmelsene i NS 8405. For totalentrepriser er NS 3431 "Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser" av stor relevans. Det foregår nå en revidering av standarden.

Når det gjelder de forbrukerrettslige entreprisene, vedtok Stortinget en lovregulering av disse på 1980- 1990 tallet. Av betydning her er lov om bustadoppføring av 13. juni 1997 nr. 43 (buopfl.) og lov om håndverkertjenster av 16. juni 1989 nr. 63 (hvtjl.). I disse kontraktene er byggherren *forbruker*, slik at det gjør seg gjeldende til dels andre hensyn enn i profesjonelle entrepriser. I tillegg vil lov om kjøp av 13.mai 1988 nr. 27 (kjl.) og lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93 (avhl.) kunne være relevant i forhold til enkelte spørsmål. Noen synspunkter fra forbrukerlovgivningen vil således kunne ha overføringsverdi ved fastleggelse av alminnelig entrepriserett.

1.2.3 Rettspraksis

Det foreligger et fåtall av Høyesterettsavgjørelser som berører risikofordelingen ved uforutsette grunnforhold i entreprisekontrakter. De viktigste grunnene til dette er at sakene til dels er svært faktumtunge. Det kommer også av at partene i så utpreget kommersielle forhold ser seg bedre tjent med et forlik de kan leve med enn å ta saken videre.

Det finnes derimot et ganske stort utvalg av lagmannsrettspraksis som vil ha rettskildemessig relevans og vekt i det følgende. Når det er sparsomt med Høyesterettsavgjørelser vil dommer fra lagmannsrettsinstansen rent faktisk *kunne få* større rettskildemessig betydning ved rettsanvendelsen.

Rettspraksis som berører NS 8405 og NS 8406 er foreløpig svært begrenset, siden disse standardene ble vedtatt i henholdsvis 2004 og 2006. Det foreligger imidlertid en del retts-

³ Se eksempelvis Marthinussen m.fl. "NS 8406" s. 45.

praksis fra tidligere standarder, som vil ha betydelig interesse for fortolkningen av bestemmelser etter NS 8405 og NS 8406.

Ved analyse av domsmaterialet kan det imidlertid tidvis være uklart hvilket rettsgrunnlag domstolene bygger sin avgjørelse på. I enkelte dommer har jeg funnet at argumentasjonen både forankrer seg i kontrakten og til læren om bristende forutsetninger. Det er uheldig og vil kunne svekke rettskildevekten ved rettsanvendelsen.

1.2.4 Norsk, svensk og dansk litteratur

I henhold til alminnelig metodelære har juridisk litteratur som utgangspunkt relativt liten rettskildemessig vekt i forhold til de øvrige rettskildefaktorene.

På grunn av det forholdsvis sparsommelige rettskildetilfanget på entreprisområdet, så får teorien rent faktisk større betydning ved rettsanvendelsen. Det kan også begrunnes i at profesjonelle entrepriser ikke er lovregulert. Det forefinnes således heller ikke forarbeider som inneholder utredninger og begrunnelser for standardreguleringen. Behovet for teoretiske fremstillinger blir derfor større og synspunkter i teorien får ofte større spillerom. Dette gjenspeiler seg også i rettskildebruken ved domstolene, der det ofte henvises og redegjøres for entrepriserettslig litteratur ved rettsanvendelsen.

Relevant rettslitteratur her er Tore Sandviks standardverk, "Entreprenørrisikoen" (1966) og "Kommentar til NS 3401" (1977), og Jan Einar Barbos studentavhandling "Totalentreprise-særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko"(1989). Disse behandler enkelte spørsmål knyttet til risikoproblematikken ved henholdsvis alminnelig entreprise og totalentreprise. Av nyere entrepriselitteratur, er Barbos doktoravhandling "Kontraktsomlegging i entrepriseforhold" av generell interesse og Marthinussen m.fl kommentarutgaver til NS 8405 og NS 8406 av spesiell interesse med hensyn til risikovurderingen. Helge Jacob Kolrud m. fl kom med en kommentarutgave til NS 8405 i 2004. Det er imidlertid lite av relevans i forhold til risikoen for grunnforholdene i den boken.

Av nyere svensk teori er Stig Hedberg kommentarutgave til AB 04(2005)og Lars- Otto Liman "Entreprenad- och konsulttätt" (2007) av relevans, og av eldre teori Alf G Lindahl m.fl "Entreprenad AB 92".

Av dansk entrepriselitteratur er Erik Hørlycks ”Entreprise & Licitation” (1998) og ”Totalentreprise” (1994) som behandler henholdsvis utførelsesentreprise og totalentreprise, av rettskildemessig interesse. Dessuten forekommer det enkelte interessante bidrag i Hans Henrik Vagner ”Entrepriseret” (2005).

1.3 Avgrensninger

Oppgavens tema er risikoen for uforutsette *grunnforhold*, og vil bare omfatte entreprisekontrakter på landjorden. Det er sjeldent forekommende at det oppstår uventede grunnforhold ved avviklingen av kontrakter offshore. Dessuten er offshorekontraktene gjerne tilvirkningskontrakter om kjøp av løsøre, mens risikoen for grunnforholdene etter sin art er knyttet til bygging på landjorden.

Risikofordeling i entreprisekontrakter med grunnlag i læren om bristende forutsetninger og avtl. § 36 er en viktig problemstilling i rettsmaterien og mye rettspraksis som bygger på disse grunnlagene. Jeg må imidlertid avgrense mot disse rettsgrunnlagene da det ville gå utover enhver fornuftig ramme på bakgrunn av en masteroppgaves omfang og tidsramme. Samspillavtaler er en nyere kontraktsform som kan innebære et noe annerledes risikobilde og risikodeling enn det som følger av de tradisjonelle entreprisekontrakter. I samspillavtaler deltar mange av kontraktspartene aktivt i prosjekteringsarbeidet. Det kan derfor reise seg andre typer problemstillinger knyttet til risikoen for feil i prosjekteringen og de kostnadmessige konsekvenser av dette. Dette vil det imidlertid føre for langt å behandle her i fremstillingen.

Reglene om varsling er av sentral betydning i entreprisekontrakter, men på grunn av oppgavens omfang må jeg holde dette utenfor. Likeledes for kravene til bevis og årsakssammenheng. Det ville også ha medført at emnet for fremstillingen ble noe ganske annet.

2 Risikofordelingen når grunnforholdene svikter

2.1 Nærmere om problemstillingen og risikovirkningene

Uventede grunnforhold kan føre med seg til dels store økonomiske konsekvenser for prosjektet. Partene ofte vil ha en betydelig interesse i å forsøke å overføre risikoen på den andre kontraktsparten. Hovedproblemstillingen for fremstillingen er følgelig hvordan risikoen skal plasseres når de faktiske forholdene viser seg å være annerledes enn partene forventet ved kontraktsslutningen.

Bærer entreprenøren risikoen, betyr det at han må overvinne problemene for å levere kontraktsmessig og opprettholde sitt krav på det fulle avtalte vederlaget. Da må han selv dekke regningen for alle utgifter til eksempelvis ekstra maskiner, spesialutstyr som må tas i bruk, økning av mannskap for å kunne overholde leveringsfristen, eventuell innleie av eksterne folk, feilbestillinger og eventuelt nye bestillinger. I tillegg til dette kommer at entreprenøren kan få tidsproblemer for pågående prosjekt, men også ringvirkninger for andre ventende prosjekter.

Dersom risikoen for grunnforholdene ligger utenfor kontrakten, så vil dette medføre at partenes forpliktelser etter kontrakten må omlegges. Entreprenøren må utføre de uforutsette arbeidene, men har til gjengjeld krav på fristforlengelse og fullt vederlag for ekstraarbeidene.

2.1.1 Utførelsesentreprise eller totalentreprise

Som utgangspunkt er det sentralt å avgjøre om vi har å gjøre med en utførelsesentreprise eller en totalentreprisekontrakt. Grunnen til dette er at risikofordelingen som utgangspunkt vil bli ganske forskjellig i de to standardmodellene.

Om partene har benevnt kontraktsforholdet som utførelsesentreprise eller totalentreprise, er nødvendigvis ikke avgjørende for hvilke regler som vil komme til anvendelse. Det må avgjøres på grunnlag av vid fortolkning av kontrakten og de øvrige omstendighetene.

I de tilfeller der partene har regulert risikoen *særskilt* i kontrakten vil imidlertid en fortolkning av kontrakten være langt viktigere med hensyn til risikofordelingen enn å avgjøre hvilken entreprisemodell som er avtalt.

2.1.2 Vederlagsberegningens betydning for risikoplasseringen

Vederlagsberegningen vil som utgangspunkt ha stor betydning ved avgjørelsen av hvor risikoen skal plasseres. Jeg vil i det følgende forutsette at partene har avtalt *fastpriskontrakt*. Denne vederlagsmodellen innebærer at vederlaget er en på forhånd fastlagt sum for hele arbeidet som skal utføres. Entreprenøren vil som utgangspunkt sitte med risikoen selv om det eksempelvis må tas ut langt mer masse enn innkalkulert i tilbudet.

Den andre vederlagsmodellen er såkalt *massejusteringskontrakt*, der oppgjøret justeres etter faktisk medgåtte mengder beregnet etter avtalt enhetspris og måleregler. Byggherren sitter da som utgangspunkt med mengderisikoen og entreprenøren vil bare måtte bære risikoen for at prisen pr. enhet er satt høyt nok. Har han priset arbeidene for lavt, vil han som utgangspunkt måtte dekke ekstrakostnadene for dette selv.

Er det derimot avtalt oppgjør etter *regning*, vil entreprenøren som utgangspunkt ha krav på sine faktiske kostnader med mindre de er klanderverdig fremkalt av entreprenøren selv eller av noen han svarer for.⁴ Entreprenørens plikt til å dekke ekstrakostnadene vil i disse tilfellene være betinget av at han har utvist culpa. Denne oppgjørsmåten vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen.

⁴ Se Sandvik Entreprenørrisikoen s. 163-165 og s. 186-188.

3 Risikofordelingen ved utførelsesentreprise

3.1 Funksjonsfordelingen i utførelsesentreprise

I en *ren* utførelsesentreprise er det bærende element at byggherren frembringer alt prosjektmaterialet, mens entreprenøren skal stå for utførelsen. Denne funksjonsfordelingen er utgangspunktet for organiseringen ved utførelsesentreprise. Prosjekteringen vil kunne bestå av å konstruere, formgi, tegne og beskrive arbeidet som skal utføres. Som del av prosjekteringsmaterialet vil byggherren i en del tilfeller foreta geologiske undersøkelser.

Byggherren prosjekterer hele eller deler av byggarbeidene innenfor egen organisasjon eller ved bruk av eksterne arkitekter og rådgivende ingeniører. Det sistnevnte alternativet er det mest utbredte.⁵

Byggherren kan imidlertid finne det hensiktsmessig med en annen organiseringsform ved at entreprenøren skal forestå enkelte prosjekteringsoppgaver i tillegg til utførelsen.⁶ Det reguleres av NS 8405 pkt. 13.⁷ Det er ikke inntatt noen tilsvarende bestemmelse om dette i NS 8406.

Det følger imidlertid av det grunnleggende avtalerettslige prinsipp om partenes kontraktsfrihet at partene kan avtale delprosjektering, og er festnet som alminnelig entrepriserettslig utfyllingsregel.

I de tilfeller kontrakten innebærer at entreprenøren skal prosjektere *vesentlige* deler av bygget bør NS 3431 benyttes.⁸

3.2 Problemstillingen

Kontrakten er det klare utgangspunktet når partenes rettigheter og plikter skal fastlegges. Det følger av NL 5-1-2.

⁵ Se Barbo ”Kontraktsomlegging i entrepriseforhold” s. 5.

⁶ Se utførlig redegjørelse for fordeler og ulemper ved *total*prosjektering i Barbo ”Totalentreprise” s. 18-20 og drøftelse av totalentreprise nedenfor under kap. 6.

⁷ I det følgende benevnes dette som ”delprosjektering”.

⁸ Slik også Marthinussen m.fl s. 168-169.

I det følgende forutsettes at kontraktspartene ikke har regulert risikoen for grunnforholdene *eksplisitt* i avtalen. Fremstillingen vil fortrinnsvis omhandle risikofordelingen ved den ”rene” modellen, men jeg vil komme inn på delprosjektering i den grad det finnes hensiktsmessig i forhold til risikospørsmålet.

Det er et grunnleggende avtalerettslig prinsipp at en standardavtale må *vedtas* av partene for å kunne legges til grunn for kontraktsforholdet. En henvisning eller referanse vil normalt være tilstrekkelig. Samme regel gjelder etter svensk og dansk rett.⁹ Først drøftes det nærmere innhold av risikofordelingen med grunnlag i NS 8405, og deretter hvilken løsning som må anses for å følge av alminnelige entrepriserettslige regler.

3.3 Utgangspunktet: Byggherren bærer risikoen for grunnforholdene

3.3.1 NS 8405 pkt. 19.3

NS 8405 ”Norsk bygge-og anleggskontrakt” fastslår i pkt. 1 at den gjelder:

”i kontraktsforhold hvor en part (entreprenøren) påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid[...] for den andre parten (byggherren), og hvor det vesentlige av tegninger, beskrivelser og beregninger skal leveres av byggherren”.

Bestemmelsens ordlyd forutsetter at byggeprosjektet er organisert ved en klar funksjonsfordeling mellom partene.

Hovedregelen for risikofordelingen ved utførelsesentreprise er nedfelt i pkt. 19.3 annet ledd, hvor det fastslås at:

⁹ Se eksempelvis Barbo ”Kontraktsomlegging i entrepriserforhold” s. 33-35, Sandvik Kommentar til NS 3401 s. 23 og Hedberg ”Kommentar til AB 04” s.16.

”Byggherren bærer risikoen for at det fysiske arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig”.

Det tilsvarende prinsipp er nedfelt i NS 8406 pkt.18.1 første ledd bokstav b) og c).

Hovedsynspunktet er at byggherren bærer risikoen for svikt i dette prosjekteringsmaterialet han leverer, mens entreprenøren har risikoen for at arbeidet blir fagmessig utført.

Bestemmelsen var ny ved NS 8405: 2004¹⁰, men innebærer ingen realitetsendring i forhold til NS 3430.¹¹ Rettspraksis fra tidligere standardregulering vil således ha relevans ved anvendelsen av NS 8405 pkt. 19.

Ordlyden i pkt. 19.3 annet ledd legger opp til en konkret vurdering av hele kontraktsforholdet, der kontraktsdokumentene er det naturlige utgangspunktet. Ved tolking av profesjonelle entreprisekontrakter skal innholdet fastlegges ved anvendelse av den objektive tolkingsteori når det ikke kan sies å foreligge noen felles partsforståelse av kontraktens bestemmelser. Dette er det bred støtte for i rettspraksis og juridisk teori.¹²

Byggherren svarer etter bestemmelsen for at grunnforholdene er slik entreprenøren kunne regne med ut i fra *”kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig”*. Dette er også i tråd med generelle tolkningsprinsipper om at partenes rettigheter og plikter må klarlegges på grunnlag av en fortolkning av hele kontraktsforholdet.¹³ Foruten forutsetninger som kan utledes av kontraktsdokumentene, skal risikovurderingen også baseres på bakgrunn av *”oppdragets art og omstendighetene for øvrig”*.

Det er uklart hva meningsinnholdet er i *”oppdragets art”*, men en naturlig forståelse kan imidlertid være prosjektets omfang, type og kompleksitet. I følge Marthinussen m.fl sikter

¹⁰ Prinsippet var nedfelt i pkt. 19.2 annet ledd.

¹¹ Se eksempelvis Marthinussen m. fl *”NS 8405”* s. 257-268 og *”NS 8406”* s. 181.

¹² Se særlig Rt. 2005 side 1132, Rt. 2003 side 1132 og Rt. 2002 side 1155 og og Se bl.a Woxholth s. 436-437, Jo Hov Kontraktsrett I s. 158-159.

¹³ Se bl.a Woxholth s. 411 flg.

”kontrakten og oppdragets art” bare til det som kan utledes av dokumentmaterialet.¹⁴ Det har imidlertid ingen praktisk betydning å skille begrepene, da entreprenøren uansett plikter å foreta en totalvurdering av all relevant informasjon. Opplysningene kan ha fremkommet av konkurransegrunnlaget, forhandlingene, i referater fra anbudsbeferingen eller av korrespondanse med byggherren.

Bestemmelsen i NS 8405 pkt 19.3 kan sies å videreføre det som var ansett som praksis og kutyme i bransjen. Høyesterett uttaler i Salhusbrodommen Rt. 1999 s. 922 at forutsetningssvikten må:

”... etter en rettslig vurdering være ”relevant”, noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.”

Arne Beck oppsummerte i en uttalelse i 1962 den fastede rettssetningen slik:¹⁵

”berettiget å si at vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger og dermed en vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten”.

Hagstrøm har sammenfattet gjeldende rett i en liknende uttalelse i 1997.¹⁶

Det er i dag et alminnelig prinsipp som innebærer at byggherren må bære risikoen for at forholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å forvente etter en nøktern vurdering av alle tilgjengelige data.

¹⁴ Marthinussen m.fl s. 268.

¹⁵ Entrepriisekontrakter - risiko og ansvar (Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 48 1962) på s. 13

¹⁶ Hagstrøm ”Entrepriserett” s. 53.

3.3.2 NS 8405 pkt. 19.2

NS 8405 pkt. 19.2 annet ledd gir en presisering av byggherrens risiko for grunnforholdene etter pkt. 19.3 annet ledd ved at:

”byggherren bærer risikoen for følgene av feil, uoverensbestemmelser og ufullstendigheter eller utilstrekkelig veiledning i kontraktsdokumenter og tegninger, beskrivelser og beregninger som han har levert”.

Samme prinsipp er nedfelt i NS 8406 pkt. 18.1 første ledd litra a). Formålet med bestemmelsen er å regulere byggherrens plikt til å tilrettelegge for entreprenørens utførelse på en hensiktsmessig måte. Den er i samsvar med det alminnelige tolkingsprinsipp om at kontrakten bør tolkes mot den som burde uttalt seg tydeligere.¹⁷

Bestemmelsene kan sies å være et utslag og en videreutvikling av et funksjonsfordelingsprinsipp som ble nedfelt allerede i Rt. 1917 side 673, ”Pæledommen”.¹⁸

Funksjonsfordelingsprinsippet innebærer at det er et klart utgangspunkt i entreprisekontrakten at risikoen følger funksjonsfordelingen. Det er senere blitt videreført i rikholdig rettspraksis og juridisk litteratur, og er i dag regnet som en del av de alminnelige rettsgrunnsetninger i entrepriseretten.¹⁹

En av voldgiftsdommene som har hatt noe betydning for rettsutviklingen av risikofordelingen er inntatt i Rt. 1954 side 32, hvor retten gir klart uttrykk for at det må gjelde et slikt prinsipp. Saken gjaldt en tunnelentreprise der byggherren hadde inntatt en geologisk

¹⁷ Eksempelvis Rt. 2007 side 1489, Rt. 2005 side 268 og Rt. 1997 side 160 og Se bl.a Woxholth s. 436-437, Jo Hov Kontraktsrett I s. 158-159

¹⁸ På s. 674: ” Jeg finder først og fremst at maaate pointere, at det i arbejdsbeskrivelsen uttrykkelig er sagt, at bygningen skal fundamenteres paa pælerost i henhold til piloteringsplanen. Nogen saadan var det ikke forutsat skulde leveres av monierfabrikken, hvorimot den er blit utarbeidet av byggherrens arkitekt, Kielland. Det var denne, der foretok de prøveboringer, han fandt nødvendige, og det var ham, der hadde utarbeidet plan for hele den bygning, der skulle staa paa fundamentet. Det er ogsaa paa det rene, at der, hvad frembygningen angaar, fra hans haand forelaa fullstendig piloteringsplan, forinden monierfabrikken indgav sit anbud.”

¹⁹ Sandvik Entreprenørrisikoen s. 243.

beskrivelse i anbudsgrunnlaget. En enstemmig voldgiftsrett fastslo at byggherren måtte ha en objektiv risiko for feilaktige opplysninger som entreprenøren hadde basert sitt tilbud på. Deretter uttaler retten:

”Voldgiftsretten mener at en kommer frem til dette resultat hva enten en bygger på de alminnelige rettsregler eller på de særlige bestemmelser som er inntatt i Norsk Standard 401 og 402.”

Dommen gir uttrykk for at det allerede da kunne sies å foreligge en festnet entrepriseregulering om byggherrens opplysningsrisiko.

Svensk og dansk entrepriserett bygger også på et funksjonsfordelingsprinsipp.

I dansk AB 92 er dette nedfelt i § 15, stk.4 annet punktum, jfr. § 2, stk. 1 som fastslår at ”[i] det omfang udbudsmaterialet ikke indeholder fyldestgørende oplysninger om hindringerne, skal foranstaltningerne herimod og ulemperne herved betales som ekstraarbejder”. I den svenske standarden AB 04 1:6²⁰ fremkommer dette klart av ordlyden ” För riktigheten av uppgifter, undersökningsmaterial och tekniska lösningar ansvarar den part som tilhandahållit dem”. Det er også kommet til uttrykk i svensk AB 04 2:4, der byggherren bærer risikoen for feil og mangler ved materialet.

Bestemmelsen i NS 8405 pkt. 19.2 annet ledd innebærer således en objektiv risiko, hvor byggherren svarer for alle mangler i materialet uten hensyn til skyld.

Tilbakeholdelse av opplysninger vil kunne utløse culpaansvar. Det faller imidlertid utenfor rammene for fremstillingen å drøfte dette som et selvstendig ansvarsgrunnlag.

Prosjekteringsmaterialet er en avgjørende faktor ved entreprenørens risikovurdering, og vil således ha stor betydning. Det danner grunnlaget for entreprenørens prosjektplanlegging og vil være bestemmende for vurdering av materialvalg, bemanning, tidsbruk, fremdrift og

²⁰ Allmänna Bestämmelser 04 för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, som avløste svensk AB 92. Se også Liman Entreprenad-och konsulrätt s. 79-80.

andre faktorer som øver innflytelse på prisen. Feil eller mangler i prosjekteringsmaterialet vil derfor lett kunne forrykke hans forutsetninger for å inngå kontrakten på de inngåtte betingelsene.

Byggherren svarer for alt prosjekteringsmaterialet han leverer, uavhengig av om det kommer fra egen organisasjon eller fra eksterne firma eller rådgivere.²¹

Ordlyden sikter bare til det prosjektmaterialet han *faktisk* har levert. Imidlertid må annet ledd tolkes i sammenheng med pkt. 19.2 første ledd, der byggherren har en *plikt* til å levere ”de tegninger, beskrivelser og beregninger som er *nødvendige og egnet* som grunnlag for utførelsen av kontraktsarbeidet.” (Min kursivering).

Det kan her stilles spørsmål ved om standarden legger opp til at byggherren *plikter* å opplyse entreprenøren om alt relevant materiale han besitter vedrørende grunnforholdene. Han kan eksempelvis ha kunnskaper eller opplysninger om grunnforholdene fra tidligere.

Et spørsmål i denne sammenheng blir hva som må anses som ”nødvendig” materiale etter første ledd.

Det ligger en viss veiledning i de rettspolitiske hensyn bak bestemmelsen som går ut på at byggherren skal gi entreprenøren et formålstjenlig grunnlag for tilbudet.

I Agder lagmannsretts dom av 22. januar 2009²² var dette en av problemstillingene, og dommen gir bidrag for rettsanvendelsen. Saken gjaldt sluttoppgjøret mellom Mesta og Statens Vegvesen v/ Samferdselsdepartementet etter en tunnelentreprise gjennom Frodeåsen ved Tønsberg. NS 3430 var vedtatt som del av kontrakten.

Det viste seg at byggherren satt inne med relevant informasjon om grunnforholdene, som han ikke hadde viderebragt til entreprenøren. Byggherren hadde mottatt en epost fra ansvarlig for tunnelprosjektering i Norconsult. I eposten var det vedlagt prøveresulater fra de foretatte grunnundersøkelsene, og tunnelansvarlig uttrykte skepsis til bergforholdene

²¹ Se for eksempel NS 8405 pkt. 2.7, Uttalelser fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd sak nr. 499 og Marthinussen m. fl ”NS 8405” s. 261 og ”NS 8406” s. 182.

²² LA-2008-52830-2.

ved tunnelpåhugget. Norconsult hadde tolket borefunnene og anbefalte både flere boringer og flere befaringer av påhuggssonen før arbeidene kunne iverksettes.

Selv om prøveboringene inngikk i anbudsgrunnlaget og således var kjent for entreprenøren, mente retten at de nye opplysningene var relevante for entreprenøren å få kunnskap om. De burde således vært forelagt entreprenøren. Det ble ytterligere forsterket ved at eposten var mottatt av byggherren bare dager før kontraktsslutningen.

Opplysningene kunne ha gitt entreprenøren en oppfordring om å prise risikoen inn i tilbudet eller om han skulle vurdert å innta et forbehold for grunnforholdene i kontrakten.

Dommen er avsagt under dissens, men det var full enighet både om byggherrens plikt til å opplyse om det geologiske materialet og om risikofordelingen. Premissene er klare.

Byggherren måtte etter dette bære risikoen. Dissensen gjaldt størrelsen av kompensasjonen.

NS 8405 pkt. 5 pålegger partene å opptre lojalt overfor hverandre i kontraktsforholdet.

Dette trekker derfor klart i samme retning som rettspraksis. En slik tolkning støttes også av den generelle medvirkningsplikten byggherren er pålagt etter pkt. 19.1.

Det må derfor foreligge en *plikt* for byggherren til å opplyse om relevant materiale som kan belyse grunnforholdene.

Den samme løsningen må også følge av alminnelige lojalitetsprinsipper.

3.4 Risikoen for geologisk materiale

Ved større utbyggingskontrakter er det vanlig at byggherren fremlegger geologiske rapporter som gir beskrivelser av grunnforholdene. Ved eksempelvis tunnel-, bro- og vei-kontrakter er det helt nødvendig med en omfattende detaljplanlegging. Det vil i de fleste tilfeller innebære geologisk materiale. Disse rapportene kan deles inn i to hovedtyper.

Geologiske rapporter sier noe om grunnforholdene generelt, mens geotekniske rapporter er utarbeidet *med tanke på* den planlagte byggevirksomheten på tomten.

Når anbudsgrunnlaget inneholder en rapport om grunnforholdene, må den tolkes på lik linje med det øvrige kontraktsmaterialet. Det er ikke avgjørende hva rapporten er benevnt som, men de konklusjonene fagpersonene er kommet frem til.

Hvem som skal bære risikoen for prosjekteringsmaterialet kan bli satt på spissen når rapportene gir rom for flere tolkingsalternativer. For at dataopplysningene skal være et nyttig og hensiktsmessig verktøy som grunnlag for pristilbudet, så forutsetter det at prøveresultatene analyseres og tolkes.

.

3.4.1 NS 8405 pkt. 19.3, jfr pkt. 19.2

Utgangspunktet er at entreprenøren med grunnlag i pkt. 19.3 plikter å vurdere det geologiske materialet på bakgrunn av en totalvurdering av hva han hadde *grunn til å regne med* ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendigheter øvrig. Det er på denne bakgrunn ordlyden i pkt. 19.2 må forstås når byggherren bærer risikoen for *utilstrekkelig veiledning* i prosjekteringsgrunnlaget.

Spørsmålet blir i det følgende hvem av partene som skal bære risikoen når entreprenøren gjør en forsvarlig slutning av rapportmaterialet, og som senere viser seg å være feil. Selv om grunnundersøkelsene er helt korrekt utført fra byggherrens side, blir poenget her at det var entreprenørens *tolkingsalternativ* som medførte økte driftskostnader og/ eller forsinket fremdrift

3.4.2 Rettspraksis

Den forannevnte Agder lagmannsretts dom av 22. januar 2009²³ gir veiledning ved rettsanvendelsen. NS 3430 var vedtatt som del av kontrakten. Under tunneldrivingen traff Mesta på uforutsett dårlige fjellforhold og krevde tilleggsvederlag for økt tidsbruk. I konkurransegrunnlaget hadde Vegvesenet lagt ved en geologisk rapport om bergforholdene som de beskrev som:

”ren datarapport, uten anleggstekniske vurderinger. Rapporten skal gi entreprenøren grunnlag for egne vurderinger og tolkninger av geologiske forhold”.

²³ LA-2008-52830-2.

Spørsmålet ble derfor om entreprenørens fortolkning av rapporten måtte være hans egen risiko.

Retten gikk grundig inn på innholdet av de geologiske rapportene i anbudet og konkluderte med at de fremsto som grundige og ga et godt bilde både av bergforholdene og de ingeniørgeologiske omstendighetene. Når rapportene ikke inneholdt opplysninger det er vanlig å innta i sådanne beskrivelser, så hadde Mesta grunn til å tro at forholdene var som på anbudsbeifaringen. Entreprenøren hadde derfor foretatt fullt forsvarlige slutninger av rapportene fra grunnundersøkelsene.

Lagmannsretten konkluderte etter dette med at grunnforholdene avvek fra det entreprenøren etter en nøktern vurdering av anbudsmaterialet hadde grunn til å vente seg. Det er den tilsvarende risikovurdering som må gjøres i henhold til NS 8405 pkt. 19.3 annet ledd, som beror på en totalvurdering av alle tilgjengelige data.. Byggherren måtte bære risikoen for de vanskelige grunnforholdene.

Voldgiftsdommen inntatt i Rt. 1954 s. 50 "Gneisdommen" er også av noe relevans.

Den geologiske beskrivelsen i anbudsgrunnlaget omtalte fjellet som gneis. Det måtte da være berettiget at entreprenøren la *en alminnelig forståelse* av bergarten til grunn for sin vurdering. Når det så viste seg at det her var en usedvanlig seig og vanskelig gneis, så måtte det være byggherrens risiko. Entreprenøren ble tilkjent tilleggsvederlag av en enstemmig voldgiftsrett. Voldgiftsrettens formann var daværende Høyesterettsjustitiarius, noe som tradisjonelt har ført til at dommen er blitt tillagt noe mer vekt enn det som er vanlig for voldgiftsavgjørrelser.

3.4.3 Juridisk teori

Sandvik uttaler:²⁴

”Når byggherren legger frem grunnundersøkelser som en del av anbudsgrunnlaget har han risikoen for de vansker mv som følger av at de gir et feilaktig bilde. Dette gjelder uten hensyn til om undersøkelsesrapporten er inkludert i kontrakten.”

Barbo drøfter nettopp denne problemstillingen.²⁵ Problemstillingen står ikke noen annen prinsipiell stilling ved utførelsesentreprise, og de slutninger Barbo der kommer med er klart relevante ved rettsanvendelsen ved utførelsesentreprise. Barbo konkluderer med at byggherren må svare for de forsvarlige slutningene entreprenøren gjør på grunnlag av rapportene. Til støtte for sitt resultat vektlegger han reelle hensyn og noe vekt på Mjøsbrodommen²⁶ og hevder at det må gjelde en deklatorisk regel av samme innhold. Martinussen m.fl fremholder at byggherren også må bære risikoen i de tilfeller han heller ikke visste at materialet kunne by på feiltolking.²⁷ Alle uttalelsene trekker entydig i samme retning av at byggherren bærer risikoen.

3.4.4 Reelle hensyn

Dette gjelder høyst profesjonelle forretningsforhold hvor partene bør være inneforstått med at det knytter seg risiko til grunnundersøkelser. Det er ganske vanlig at resultatene fra undersøkelsene avviker fra de faktiske forhold.

Det kan imidlertid ikke forventes at entreprenøren skal pålegges risikoen for de tolkinger han gjør av rapportene i prosjekteringsmaterialet. Når entreprenøren har foretatt en slutning som er i tråd med hva en kan forvente av en aktsom entreprenør, så vil det være urimelig

²⁴ ”Entreprenørrisikoen” s. 224.

²⁵ ”Totalentreprise” s. 52.

²⁶ LE-1987-280.

²⁷ Se s. 268-269.

om han skal bære konsekvensene av feiltolking. Det vil alltid ligge økonomiske prioriteringer bak en beslutning om å spare inn på grunnundersøkelser. Velger byggherren å nøye seg med færrest mulige boringer eller målinger og således spare inn på undersøkelsene, så må han betale for de forsinkelser og avbrudd dette medfører for driften. Da vil balansen i kontraktsforholdet ivaretas. Det er dessuten byggherren som har bestemt lokaliseringen av byggetomten og som vil ha arbeidene utført. Det er derfor den mest rasjonelle regelen.

3.4.5 Konklusjon

Rettskildebildet gir et entydig bilde der både rettspraksis, teori og reelle hensyn trekker i samme retning. Byggherrens risiko for grunnforholdene må omfatte vansker som følge av at entreprenøren gjør en forsvarlig slutning av resultatene av de fremlagte grunnundersøkelsene.

3.4.6 Individuelle grunnforholdsklausuler

Problemstillingen i det følgende er imidlertid hvilken betydning byggherrens individuelle grunnforholdsklausuler har ved risikofordelingen etter gjeldende rett.

Dette er en viktig problemstilling, da det er en økende tendens i praksis at byggherren inntar avvikende bestemmelser fra de gjeldende standardbestemmelser om risikoplasseringen. Hensikten er å fraskrive seg risikoen for grunnforholdene.

Gulating lagmannsretts dom av 16. juni 1993 gjaldt tolkingen av en ofte benyttet risikoklausul, som går ut på at byggherren fraskriver seg risikoen for prosjekteringsmateriale han har levert.²⁸

²⁸ LG-1990-301.

Kontrakten bygget på NS 3401, men det var inntatt et tillegg om at:

”de plasseringer av eksisterende ledninger og kabler som er angitt i anbudsmateriellet er bare av orienterende art og fritar ikke entreprenøren fra å få påvist ledninger og kabler fra de respektive etater”.

Retten la vekt på at det gjaldt en risikofaktor av ukjent omfang, som byggherren selv hadde de beste forutsetninger for å avdekke. Dessuten var flere av ledningene uregistrerte og byggherren hadde ikke opplyst om alle kablene de burde kjent til. Lagmannsretten uttalte at den påla entreprenøren en viss aktivitetsplikt for å klarlegge hvor de lå, men konkluderte med at byggherren måtte ha uttrykt seg klarere dersom meningen var at entreprenøren skulle ha risikoen for ukjente kryssninger. Det var enighet om risikovurderingen og en enstemmig lagmannsrett påla byggherren risikoen for grunnforholdene.

Det er flere grunner til at et konkret forbehold har større gjennomslagskraft enn et generelt forbehold. Det fremstår mer synbart for entreprenøren og det er enklere å vurdere en bestemt risikofaktor før han inngir anbud.

Det har formodningen for seg at en konkret avgrenset forbeholdsklausul er mer gjennomtenkt fra partenes side enn en altomfattende udefinert risikoklausul. Det vil således være et moment i disfavør av byggherren.²⁹

Spørsmålet om betydningen av byggherrens grunnforholdsklausul var også en av problemstillingene i Gulating lagmannsretts dom av 6. mai 1999³⁰. Saken gjaldt sluttoppgjøret etter en tunnelentreprise mellom Hordaland fylkeskommune og Selmer ASA. Selmer krevde blant annet dekning av merkostnader, som følge av vanskelige grunnforhold. Et sentralt spørsmål var om entreprenøren hadde påtatt seg risikoen for grunnforholdene. NS 3430 med vegvesenets tilpasninger lå til grunn for avtalen.

²⁹ Se eksempelvis Rt. 1997 side 70.

³⁰ LG-1997-2010.

Av kontraktens punkt 6 fremgikk:

”Alt materiale i forbindelse med geologiske undersøkelser som byggherren har fått utført, stilles til entreprenørens disposisjon til orientering. Entreprenøren kan ikke påberope seg innholdet i dette materialet. Entreprenøren er selv ansvarlig for å foreta ytterligere undersøkelser, og bærer således det fulle ansvar og den fulle risiko for grunnens beskaffenhet inkludert overdekningsforhold.”

Retten kom enstemmig til at entreprenøren hadde påtatt seg den fulle risiko.

Lagmannsretten la vekt på at klausulens risikobeskrivelse ikke knyttet seg til en generell udefinert risiko, men var *klart avgrenset* til å gjelde de geologiske forholdene.

Videre ble det vektlagt at Selmer på et tidlig tidspunkt i prosjektet kunne vurdere risikoen i prosjektet, og de mulige konsekvenser av den omstridte kontraktsklausulen. De hadde derfor vært inneforstått med den risikoen prosjektet innebar. I tillegg hadde de vært en aktiv pådriver for å få gjennomført prosjektet på tross av den åpenbare risikoen som var knyttet til tunneldrivingen.

Entreprenøren fikk heller ikke medhold i at kontrakten måtte revideres med grunnlag av forutsetningslæren eller avtl. § 36.

3.5 Aktsomhetskravet ved risikovurderingen

3.5.1 NS 8405

Etter pkt. 19. 3 annet ledd kan ikke entreprenøren påberope seg uforutsette forhold i den grad grunnforholdene *”er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig”*. Ordlyden oppstiller her et krav om at entreprenøren skal opptre aktsomt ved vurderingen. De rettspolitiske hensyn vil presumptivt være at alle risikofaktorer entreprenøren kunne ha tatt i betraktning på anbuds- og tilbudstidspunktet ikke kan påberopes som bristende forutsetning for prisen ved utførelsen. Det må bli entreprenørens objektive egenrisiko. Entreprenøren vil ikke kunne kreve

vederlagsjustering for forventede komplikasjoner. Usikkerhet om grunnforholdene må da enten legges inn i tilbudsprisen eller ved at det inntas et forbehold i kontrakten.

Problemstillingen blir imidlertid hva som ligger i aktsomhetskravet om at grunnforholdene er ”slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig” i henhold til NS 8405 pkt. 19.3.

Det sentrale blir hva som er *alminnelig kunnskap i bransjen*. Av relevans her er den foran refererte Gulating lagmannsretts dom av 6. mai 1999.³¹ Kontrakten bygget på NS 3430. Ved spørsmålet om hvilke forhold som var av relevans for entreprenørens risikovurdering uttalte retten:

”Når det gjelder den generelle risiko, vil det i prosjekter av denne type alltid hefte usikkerhet ved grunnforholdene. Det blotte faktum at en undersjøisk tunnel skal forsere en forkastningssone som i utgangspunktet er en geologisk svakhetssone, medfører i seg selv et risikomoment. I denne sammenheng vises også til SINTEFs rapport av 21 desember 1987 om undersjøiske tunneler, som var allmen kjent i bransjen.”

Retten knytter aktsomhetskravet til at det var almen bransjekunnskap at undersjøiske tunneler innebærer en stor grad av risiko til grunnforholdene. De la her også vekt på en bransjerapport fra SINTEF. Entreprenøren ble pålagt risikoen.

Premissene i dommen understreker det grunnleggende poeng at normen som utgangspunkt må baseres på hvordan andre entreprenører i slike utpreget profesjonelle kontrakter vil vurdere risikoen. I dette ligger at målestokken må underlegges en profesjonsnorm der aktsomhetskravet er strengt.³² Aktsomhetsnormens innhold må derfor fastlegges i tråd med hva en aktsom, erfaren entreprenør ville forventet seg når han skulle foretatt vurderingen i samme situasjon.

³¹ LG-1997-2010.

³² Se eksempelvis Hastrøm ”Entrepriserett” s.88-90.

Det kan imidlertid spørres om det i noen entreprisekontrakter må stilles et noe høyere krav enn det som følger av alminnelig bransjekunnskap. Det vil kunne være en praktisk problemstilling i entreprisekontrakter som forutsetter spesiell ekspertise på entreprenørens hånd.

I den foran refererte Høyesterettsdom av 25. juni 1999 ”Salhusbrodommen” gir Høyesterett bidrag for rettsanvendelsen.³³ Ved spørsmålet om entreprenøren kunne kreve tilleggskrav for uforutsette problemer med sveisingen av det høyfaste stålet i platene, la Høyesterett ved risikovurderingen vekt på:

”må det ses hen til at KEUM - og Kværnerkonsernet samlet - satt inne med landets kanskje fremste ekspertise på sveising av stål, og at SVH ved en entreprise av det omfang det dreide seg om, hadde grunn til å regne med nettopp dette. Av denne grunn hadde SVH også betinget seg at anbyderne måtte underkaste seg en omfattende prekvalifisering. Dette må gjøre det berettiget å stille høye krav til AF ved vurderingen.”

Høyesterett la her vekt på at det gjaldt en meget omfattende utførelsesentreprise som skulle utføres av de fremste eksperter på feltet i landet etter en prekvalifisering av et utvalg av entreprenører. Entreprenøren måtte bære risikoen for forsinkelser og merkostnader. Høyesterett delte seg i to med hensyn til rettsgrunnlaget. Flertallet på tre dommere bygget på læren om bristende forutsetninger, mens mindretallet på 2 dommere forankret det i avtl. § 36.

Dommen bygger på læren om bristende forutsetninger, men synspunktene må kunne få tilsvarende betydning for tolkingen av NS 8405 pkt. 19. 3 annet ledd ved at forutsetningene i *kontrakten* gis positiv relevans. Den spesielle ekspertisen entreprenøren besitter var i dette tilfellet en forutsetning for at ble inngått entreprisekontrakt av dette innhold. Dette må derfor få betydning for aktsomhetskravet som måtte stilles til entreprenøren. Det er også en rimelig byrdefordeling. Er det en avgjørende forutsetning for å inngå samarbeid at

³³ HR-1999-35-B, Rt.1999 side 922.

entreprenøren besitter særlig kompetanse, vil dette være avgjørende for at aktsomhetskravet vil bli svært strengt.

Det vil derfor være relevant å trekke inn den kunnskap entreprenøren besitter utover alminnelig bransjekunnskap ved risikovurderingen i omfattende entreprisekontrakter.

3.5.2 Tidspunktet for entreprenørens risikovurdering

Et spørsmål blir imidlertid hvilket *tidspunkt* aktsomhetskravet og entreprenørens vurdering av grunnforholdene knytter seg til etter NS 8405 pkt. 19.3.

Ordlyden sier ikke noe eksplisitt om hvilket tidspunkt vurderingstemaet knytter seg til.

Høyesterettsdom av 25. juni 1999 ”Salhusbrodommen”³⁴ gir bidrag for rettsanvendelsen.

Det gjaldt en utførelsesentreprise for oppføring av en broforbindelse over Salhusfjorden.

I forbindelse med spørsmålet om hva entreprenøren hadde grunn til å forvente seg, uttaler førstvoterende:³⁵ ”Jeg legger til grunn at det som her uttales, var AFs forutsetning ved *inngivelsen* av anbudet”. Dette slutter annenvoterende seg til, og de relativt sikre oppfatningene som entreprenørens folk satt inne med på oppfyllelsesstadiet fikk derfor ingen relevans for risikovurderingen. Det sentrale var ”at entreprenøren, *da anbudet ble inngitt*, ikke hadde klart for seg at det kunne bli nødvendig å benytte den sveisemetoden som etter hvert ble tatt i bruk”.³⁶

Rimelighetshensyn tilsier trekker i samme retning. Det er de opplysninger som var tilgjengelig i vid forstand for entreprenøren forut for inngivelsen av anbudet som må antas å ha motivert pristilbudet. Forhold som kom opp på et senere tidspunkt er således uten relevans i denne sammenheng.

Dommen bygger på forutsetningslæren, men uttalelsene må også legges til grunn ved anvendelsen av NS 8405.

³⁴ HR-1999-35-B. Rt.1999 side 922

³⁵ s. 932.

³⁶ s. 942-943.

Det er etter dette klart at det er forholdene på *anbuds- eller kontraktsslutningstidspunktet* som er det avgjørende for om det skal sies å foreligge en forventningssvikt hos entreprenøren.

3.6 Entreprenørens undersøkelsesplikt når byggherren ikke har gitt opplysninger

Byggherren vil regelmessig hevde at grunnforholdene ikke er verre enn det entreprenøren kunne forvente og at entreprenøren burde hatt oppfordring om å undersøke byggegrunnen når det ikke var fremlagt undersøkelser i anbudsgrunnlaget.

Et prinsipielt viktig spørsmål i denne sammenheng er om det som ledd i risikovurderingen, kan oppstilles en plikt for entreprenøren til å gjøre egne undersøkelser ved utførelsesentreprise.

Problemstillingen blir i det følgende *om* det foreligger en plikt til undersøkelser og dernest hvilket innhold det ligger i en eventuell undersøkelsesplikt.

3.6.1 NS 8405

Spørsmålet er om NS 8405 pkt.19.3 pålegger entreprenøren en undersøkelsesplikt som vil kunne ha betydning for fordelingen av risikoen.

Etter pkt. 19. 3 annet ledd kan ikke entreprenøren påberope seg uforutsette forhold i den grad :

”det fysiske arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig”.

Det innebærer at han må overvinne problemene for å levere kontraktsmessig og dermed kunne opprettholde kravet på det avtalte vederlag.

Ordlyden i pkt. 19.3 annet ledd sier ingenting eksplisitt som innebærer et krav om å foreta undersøkelser. Med *undersøkelser* mener jeg i det følgende målinger og borer av grunnforholdene.

Bestemmelsen må tolkes i sammenheng med første ledd, der det fremgår at:

”Byggherren skal stille til rådighet for entreprenøren det fysiske arbeidsunderlaget...som entreprenøren skal bygge på”.

Ordlyden må sies å gi støtte for at entreprenøren har en plikt til å gjøre observasjoner på tomten. Det vil i de aller fleste entreprisekontrakter bli avholdt anbudsbehandling i anbudsfasen, med det formål at entreprenøren plikter å foreta visuelle observasjoner og skaffe seg kjennskap til byggeområdet.

En slik tolkning støttes også av NS 8405 pkt. 5, som knesetter en plikt for partene til å vise lojalitet og samarbeidsvilje i kontraktsforholdet.

Spørsmålet er om pkt. 19.3 annet ledd må tolkes utvidende, slik at entreprenøren plikter å foreta grunnundersøkelser når de foreliggende opplysninger ikke gir gode nok holdpunkter for å vurdere grunnforholdsrisikoen. Det kan også formuleres som et spørsmål om hvem som må bære risikoen for at byggherren har spart inn på prosjekteringen.

3.6.2 Rettspraksis

Det er spinkelt med rettspraksis av relevans for problemstillingen.

Agder lagmannsretts dom av 4. november 1981 gir imidlertid bidrag ved fastleggelsen av rettstilstanden.³⁷ En entreprenør inngikk en utførelsesentreprise med en kommune.

Kontrakten var basert på NS 3401. Byggherren hadde ikke foretatt grunnundersøkelser eller fremlagt andre opplysninger som ga entreprenøren noe bilde av grunnforholdene.

Grunnen viste seg å by på store utfordringer og spørsmålet var om entreprenøren kunne kreve tilleggsvederlag med grunnlag i NS 3401 pkt. 10.5.³⁸

³⁷ RG-1982-313.

³⁸ Dette er forløperen til någjeldende pkt. 19.2 og 19.3.

Lagmannsretten la ved risikovurderingen avgjørende vekt på at anbudsmaterialet sammen med de opplysninger som faktisk ble gitt under anbudsbeferingen måtte karakteriseres som ”meget tynt og delvis villedende” som grunnlag for entreprenørens kalkyler.

Deretter understreker retten at:

”På bakgrunn av anbudsdokumentene og opplysninger som ble gitt under anbudsbeferingen var det ikke grunn for entreprenøren til å anta at grunnforholdene var spesielt vanskelige”.

Entreprenøren hadde vurdert grunnforholdene på bakgrunn av anbudsmaterialet og det som fremkom under beferingen, og hadde derfor oppfylt sin undersøkelsesplikt ved å foreta en nøktern vurdering av alle tilgjengelige data. Lagmannsretten legger således til grunn at det ikke kan pålegges entreprenøren en selvstendig undersøkelsesplikt ved utførelsesentreprise når byggherren ikke har fremlagt noen grunnundersøkelser av byggetomten.

Lagmannsretten kom enstemmig til at byggherren selv måtte bære risikoen for at grunnforholdene ikke var tilstrekkelig undersøkt. Byggherren måtte derfor betale entreprenøren tilleggsvederlag for de uforutsette grunnforholdene.

Dommen kan tas til inntekt for at det ikke kan kreves at entreprenøren gjør grunnundersøkelser når andre tilgjengelige data ikke ga entreprenøren grunn til å regne med annet enn at forholdene på tomten var gode. Denne slutningen støttes ytterligere av at retten i denne konkrete saken ikke gikk inn på noen drøftelse av hvorvidt entreprenøren burde ha gjort egne undersøkelser.

3.6.3 Juridisk teori

Sandvik legger særlig vekt på samfunnsøkonomiske hensyn når han hevder at det mest rasjonelle er at alle undersøkelser foretas av byggherren på prosjekteringsstadiet.³⁹

³⁹ Se ”Entreprenørrisikoen” s. 130-138.

Forsømt undersøkelsesplikt fører ikke til full risikooverføring, men en risikodeling basert på hvor graden, karakteren og betydningen av at entreprenøren unnlot å gjøre egne undersøkelser.

Sandvik legger her betydelig vekt på disse to legislative hensyn, og mener at entreprenøren må pålegges en selvstendig undersøkelsesplikt.⁴⁰ Han fremhever spesielt at byggearbeidet forutsetter samarbeid mellom partene.

Marthinussen mener at bestemmelsen ikke kan innebære en selvstendig undersøkelsesplikt, og legger spesielt vekt på at det er byggherren som bærer prosjekteringsrisikoen. Han legger derfor avgjørende vekt på standardens klare hovedregel.⁴¹

3.6.4 Reelle hensyn

Spørsmålet i det følgende blir hva som objektivt sett fremstår som en rimelig og hensiktsmessig regel.

Det kan også spørres om det ikke bør gjelde en undersøkelsesplikt dersom byggherren ikke avholder anbudskonkurranse, men tar direkte kontakt med en enkelt entreprenør til å forestå arbeidene. Det kan da ligge som en forutsetning i kontrakten at entreprenøren må gjøre grunnundersøkelsene. Det må uansett inngå i en totalvurdering av hele kontraktsforholdet når entreprenøren må gjøre risikovurderingen. I kontrakter som forhandles med en spesiell eller et fåtall entreprenører som sitter på egen geoteknisk ekspertise og stor kompetanse om grunnforhold, kan det etter omstendighetene føre til at entreprenøren må ha en undersøkelsesplikt. Omfanget av en eventuell undersøkelsesplikt vil imidlertid bero på *prosjektets størrelse*. Det kan hevdes at det vil kunne være en forskjell i krav om undersøkelsesplikten på bakgrunn av om kontrakten er forhandlet på grunnlag av NS 8405 eller NS 8406. Dette fordi sistnevnte er utformet med tanke på de relativt sett mindre prosjekter. Det vil etter 8405- kontrakter kunne settes inn noe mer ressurser ved kartlegging av tomten fra entreprenørens side. På den annen side kan

⁴⁰ Sandvik Entreprenørrisikoen s. 301-304.

⁴¹ Marthinussen m.fl s. 286.

bedriftsøkonomiske hensyn tilsier at det vil være begrenset hvor store ressurser entreprenøren kan bruke på undersøkelser ved kontrakter etter NS 8406. Utgiftene til grunnundersøkelser må stå i forhold til størrelsen av kontrakten.

Spørsmålet er imidlertid hva som må bli løsningen der byggherren har gitt entreprenøren faktiske opplysninger om at grunnforholdene kan være usikre eller at de eventuelt bør klarlegges før arbeidene settes i gang. Jeg viser her til drøftelsen av individuelle grunnforholdene ovenfor.⁴² Dette vil i alle fall være opplysninger entreprenøren plikter å *hensynta* ved sin totalvurdering av grunnforholdene etter pkt. 19.3 annet ledd. Når byggherren har unnlatt å gjøre grunnundersøkelser som burde vært foretatt, kan det hevdes at entreprenøren får en oppfordring om prise risikoen inn i sitt tilbud eller å ta et forbehold.

Er det flere entreprenører som skal inngi anbud vil det være den mest praktiske regelen at det er byggherren som utfører grunnundersøkelser. Det kan anføres flere grunner til det. For det første er grunnundersøkelser kostbare og ressurskrevende. Det vil som utgangspunkt være omkostninger byggherren må ta ved å sette i verk sitt byggeprosjekt. Et annet poeng er det særskilte trekk ved entreprisekontraktene om at entreprenøren utfører kontraktsarbeidet på byggherrens eiendom eller på tomtegrunn byggherren har valgt ut. Det må derfor formodes at det er han som har de beste forutsetningene for å kartlegge grunnen, og således er i hans risikoområde.

Både samfunnsøkonomiske og bedriftsøkonomiske hensyn tilsier at det vil være lite hensiktsmessig at hver enkelt entreprenør gjennomfører grunnundersøkelser.⁴³ På sikt vil dette kunne drive prisene i byggebransjen oppover ved at de entreprenører som taper anbudet må fordele de pådratte kostnadene ved disse grunnundersøkelsene på kommende prosjekter.

Et annet hensyn er at byggherren kan styre tidspunktet for undersøkelsene og dermed unngå perioder med tele i bakken og når marken er snødekket. Han vil dessuten kunne bruke god tid på undersøkelsene, og derfor kunne oppnå sikrere målinger enn entreprenører i tidspress. Måling av poretrykk og borerer vil kreve tid. Dette kan være vanskelig

⁴² Under pkt. 3.4.6.

⁴³ Se Sandvik "Entreprenørrisikoen" s. 130-138.

forenlig med den ofte knappe tiden entreprenøren har til rådighet mellom utlyst anbuds-konkurranse og frist for inngivelse av tilbud. Resultatene som oppnås vil derfor kunne gi et mer usikkert grunnlag for risikovurderingen enn det byggherren kan oppnå.

Noe annet blir det om entreprenøren har *positiv* kjennskap til at grunnforholdene er annerledes enn det som fremkommer ved anbudserfaringen. Byggherren må kunne forvente at entreprenøren vurderer grunnforholdene på grunnlag av annet erfaringsgrunnlag han besitter. Det følger også direkte av pkt. 19.3 annet ledd. Det kan eksempelvis tenkes at han har kjennskap til grunnen i området fra tidligere arbeider. Dersom eksempelvis forhold i terrenget gir entreprenøren en ganske sikker formening om grunnforholdenes beskaffenhet, så må det få mindre vekt ved risikovurderingen når han må forvente at konsulentene på byggherresiden har gjort tilsvarende observasjoner.⁴⁴ For entreprenøren er det ingen grunn til å betvile det som ekspertene er kommet frem til. I samme retning Sandvik som mener at det ikke kan forventes at entreprenøren har slik fagkunnskap at den kan settes opp mot de sakkyndiges konklusjoner.⁴⁵

Han plikter også å gjøre byggherren oppmerksom på dette med grunnlag varslingsplikten i NS 8405 pkt. 21.1 tredje ledd. Det støttes også av den alminnelige lojalitets- og samarbeidsplikt mellom kontraktspartene etter pkt. 5. Men må også gjelde som alminnelig entrepriserett.

Det kan derimot stilles spørsmål ved om det bør innfortolkes en plikt for entreprenøren til å gjøre selvstendige undersøkelser der byggherren ikke har benyttet fagekspertise til undersøkelser av byggetomten. Ussing forfekter et tilsvarende synspunkt.⁴⁶

Imidlertid vil det i disse kontrakter med utpreget kommersielle interesser vi her behandler som hovedregel være et minst like stort kunnskapsapparat på byggherresiden. Da er det mer rimelig at byggherren selv skaffer til veie opplysninger om grunnforholdene uavhengig

⁴⁴ Se Marthinussen m.fl s. 268.

⁴⁵ Sandvik "Entreprenørrisikoen" s. 225.

⁴⁶ Ussing "Enkelte kontrakter" s. 398-399.

av at entreprenøren sitter på geoteknisk kompetanse i sin organisasjon. Denne kompetansen vil imidlertid inngå i den totalbedømmelse entreprenøren må gjøre i forhold til risikoen.⁴⁷

Dessuten er det prinsipielle utgangspunkt ved utførelsesentreprise at byggherren har prosjekteringsansvaret og således pålagt å tilrettelegge for entreprenøren på en formålstjenlig måte. Da kan det spørres om rimeligheten av at byggherren skal kunne flytte risikoen over på entreprenøren. Som Sandvik⁴⁸ uttaler det:

”Den omstendighet at en byggherre ønsker å spare på utgiftene til fagkyndig assistanse, bør ikke lede til at en pålegger den annen part, entreprenøren, å fungere som gratiskonsulent”.

Sparer byggherren inn på grunnleggende prosjektering eller grunnundersøkelser, så bør han selv ta regningen når problemene dukker opp. Barbo i samme retning ved drøftelsen av fastleggelsen av risikovurdering ved totalentreprise.⁴⁹ Det vil jo i de aller fleste tilfeller være økonomiske hensyn som ligger til grunn for at byggherren ikke har foretatt grunnundersøkelser.

3.6.5 Svensk og dansk rett

Etter svensk standard AB 04 så ligger det eksplisitt en undersøkelsesplikt i bestemmelsens 1:7. ”Entreprenören förutsätts innan anbud lämnas ha skaffat sig den kännedom om arbetsområdet och andra förhållanden av betydelse för bedömningen av vad som erfordras för kontraktsarbetenes utförande och som kan erhållas genom besök på platsen”. Med *besök på platsen* innebærer ikke at entreprenøren skal utføre grunnundersøkelser.⁵⁰

⁴⁷ Se Hagstrøm ”Entrepriserett” s. 88-90.

⁴⁸ Sandvik ”Entreprenørrisikoen” s. 299.

⁴⁹ ”Totalentreprise” s.49-53.

⁵⁰ Se Hedberg s. 33-34.

I motsetning til NS 8405 pkt. 19.3 ligger det derfor et tydelig krav i ordlyden i svensk standard som pålegger entreprenøren selv å skaffe seg et godt overblikk for hvilken risiko som er forbundet med de gjeldende grunnforholdene.

Imidlertid innebærer ikke bestemmelsen strengere krav til entreprenøren ved utførelses-entreprise enn det som følger av norsk entrepriserett.⁵¹ Dette fremgår klart av AB 04, som legger til: ”Härigenom inskränks inte beställarens ansvar enligt § 6”, jfr. refererte risiko-bestemmelse tidligere i drøftelsen. Denne bestemmelsen er inntatt for å avskjære at byggherren overlater risikoen for opplysningene til entreprenøren ved å pålegge han å kvalitets-sikre opplysningene ved selvstendige undersøkelser på tomten.⁵²

I dansk AB 92 vil det bare kunne bli aktuelt med en undersøkelsesplikt i de tilfelle der byggherren har inntatt et vilkår om at entreprenøren skal være med på en gjennomgang av prosjektmaterialet i anbudsgrunnlaget, jfr. § 11, stk.1 første punktum. Det kreves i såfall klar tale. Entreprenørens ”deltagelse i prosjektgennemgangen samt tilveiebringelse av dokumentationen og prøverne er et led i entreprenørens ydelse”, jfr. stk.1 siste punktum. Også etter denne bestemmelsen vil dette som utgangspunkt, ikke endre byggherrens risiko for prosjekteringsmaterialet.⁵³ Formålet med bestemmelsen er at byggherren nyttiggjør seg av entreprenørens ekspertise og det er således ikke meningen å overføre risiko til entreprenøren. Det kan imidlertid etter de konkrete omstendigheter være aktuelt å dele risikoen mellom partene.⁵⁴

Det vil etter dette være klare holdepunkter for at det heller gjelder en alminnelig regel om undersøkelsesplikt etter svensk og dansk standardregulering for utførelsesentreprise.

⁵¹ Se Lindahl m.fl. Entreprenad AB 92 s. 62-63.

⁵² Se Lindahl m.fl. AB 92 s. 62-63.

⁵³ Se Betænkning nr.1246 AB 92 s. 81.

⁵⁴ Se Vagner s. 82-83.

3.6.6 Konklusjon

Både ordlyden i NS 8405 pkt. 19.3 annet ledd, rettspraksis og reelle hensyn peker i entydig retning av at entreprenøren ikke har plikt til å gjøre grunnundersøkelser når byggherren har fagekspertise til å bistå seg ved prosjekteringen. Byggherre vil da bære risikoen for manglende grunnundersøkelser.

I de tilfelle der byggherren ikke har fått kyndig bistand så vil entreprenøren ut i fra de nærmere omstendigheter ha en undersøkelsesplikt. Da vil resultatet måtte bli en deling av risikoen, men neppe full risikooverføring.

4 Risikofordelingen ved totalentreprise

4.1 Noen utgangspunkter for risikofordelingen

Totalentreprise betyr at entreprenøren påtar seg hele eller det vesentlige av så vel prosjekteringen som produksjonen av bygget eller anlegget for byggherren, jfr. NS 3431 pkt.1 første ledd. Definisjonen samsvarer i all hovedsak med ordlyden i dansk ABT 93 § 1, stk. 2 og svensk ABT 06's "Begreppsbestämningar med anmärkningar". På mange områder er dette en entreprisemodell som har en like stor eller større utbredelse enn den klassiske utførelsesentreprisen.

Det er nettopp det at totalentreprenøren har *på tatt seg prosjekteringsforpliktelsen*, som gjør at totalentreprisekontrakten skiller seg fra de tradisjonelle entrepriseformer.⁵⁵ Dette reiser flere interessante problemstillinger som vil være gjenstand for drøftelse nedenfor.

Rettsanvendelsen beror på en tolking av kontraktsforholdet i vid forstand. Det er det reelle innholdet i kontrakten som er avgjørende, og det vil således ikke ha avgjørende betydning hvorvidt partene har benyttet benevnelsen "totalentreprise" eller ikke.⁵⁶

NS 3431 vil også omfatte de tilfeller der byggherren bidrar med noe prosjektering selv, jfr. pkt. 1 første ledd. Dette fremgår direkte av ordlyden ved at entreprenøren påtar seg "hele eller vesentlige *deler av* prosjekteringen og utførelsen". (Min utheving). Byggherren ønsker kontroll på prosjektet, og som konsekvens av det utformes et nokså detaljert prosjekt som

⁵⁵ Barbo "Totalentreprise" s. 9 og Hørlyck "Totalentreprise" s.13.

⁵⁶ Se eksempelvis Eidsivating lagmannsretts dom av 15.april 2009. LE-2008-152131. Partene brukte begrepet "totalentreprise", men retten konkluderte med at det gjaldt en utførelsesentreprise. Et spørsmål ble derfor om entreprenøren uttrykkelig hadde *på tatt seg* prosjektering. Tilsvarende i Frostating lagmannsretts dom av 14. august 2006. LF-2006-19724. Et eksempel på det motsatte gjaldt saken i Gulating lagmannsretts dom av 19. desember 2005. LG-2004-43696. Partene hadde avtalt utførelsesentreprise, men på bakgrunn av at entreprenøren hadde på tatt seg hele prosjekteringen måtte løsningen bero på en vurdering av reglene for totalentreprise.

grunnlag for totalentreprisen.⁵⁷ Dette kan påvirke risikoplasseringen i totalentreprisekontrakten, som følge av den valgte funksjonsfordelingen.

Det følger av funksjonsfordelingsprinsippet i bakgrunnsretten.⁵⁸ Der byggherren skal stå for større deler av prosjekteringen, bør nok heller NS 8405 eller NS 8406 benyttes. Valg av kontraktsvilkår, bør bero på hvem av partene som står for hoveddelen av prosjekteringen.⁵⁹ Partene kan også ha regulert risikoen eller funksjonsfordelingen særskilt i totalentreprisekontrakten, ved at byggherren eksempelvis har påtatt seg å fremskaffe visse opplysninger eller grunnundersøkelser. Jeg vil imidlertid i det følgende forutsette, at det ikke foreligger individuell regulering i kontrakten.

Ved totalentreprise vil kontrakten vanligvis oppstille funksjonskrav. Entreprenøren svarer som utgangspunkt ikke for at bygget er *funksjonsdyktig* i den grad han leverer i samsvar med byggherrens *funksjonskrav*. Hvorvidt de satte funksjonskravene er adekvate vil da være byggherrens risiko. Den rettslige løsningen vil bero på en konkret tolking av kontrakten.

4.2 Problemstillingen

Den rettslige problemstillingen blir den samme som under utførelsesentreprise; hvem av partene i totalentreprisekontrakten bærer risikoen for at grunnforholdene medfører at prosjektet fordyres.

Det sentrale utgangspunkt for drøftelsen, er at entreprenøren har påtatt seg prosjekteringen. Prosjekteringsansvaret vil som *utgangspunkt* føre til at grunnforholdsrisiki flyttes over til totalentreprenøren.⁶⁰ Det er imidlertid slett ikke sikkert at alle uventede problemer i grunnen omfattes av totalentreprenørens prosjekteringsrisiko. Det kan blant annet spørres om grunnforhold som på forhånd er umulig å avdekke, bør være byggherrens risiko.

⁵⁷ Se Kolrud m.fl. "NS 8405: Kommentartutgave" s. 28.

⁵⁸ Jfr. "Pæledommen", Rt. 1917 side 673. Nærmere om funksjonsfordelingsprinsippet ovenfor under pkt. 3.3.

⁵⁹ Slik også Marthinussen m.fl s. 168-169.

⁶⁰ Jfr. NS 3431 pkt. 8.2.2. Se også Hørlyck "Totalentreprise" s. 71.

4.3 NS 3431

En standardavtale må vedtas for å gjelde mellom partene. En henvisning eller referanse vil normalt være tilstrekkelig.⁶¹ Når NS 3431 er vedtatt som del av kontrakten, vil standardvilkårene komme *direkte* til anvendelse på kontraktsforholdet. I andre tilfeller vil enkelte prinsipper NS 3431 bygger på få betydning som bakgrunnsrett.

Risikoen for uforutsette grunnforhold i totalentreprise reguleres i NS 3431 pkt. 8.2, der totalentreprenørens risiko er negativt avgrenset. Det fremkommer direkte av ordlyden:

”Byggherren svarer for de opplysninger om grunnforholdene han gir totalentreprenøren” (pkt. 8.2.1). ”For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold i grunnen med mindre han godtgjør at han ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning” (pkt. 8.2.2).

Det sondres i første rekke mellom to ulike faktiske situasjoner; hvorvidt det er fremlagt opplysninger om grunnforholdene eller ikke. Byggherren bærer risikoen for at grunnforholdene ikke svarer til de opplysninger har fått av byggherren. For alle andre påtrufne problemer i grunnen, bærer totalentreprenøren som utgangspunkt risikoen.

Den rettslige problemstillingen kan etter dette deles inn i to underproblemstillinger. For det første; spørsmålet om byggherrens opplysningsrisiko. Det reiser to underproblemstillinger; spørsmålet om byggherren bare svarer for rikigheten av de konkrete opplysninger han har gitt eller om han også svarer for de forsvarlige tolkninger entreprenøren gjør på grunnlag av opplysningene om grunnforholdene. Dernest blir det sentralt å fastslå hvilke krav som stilles til totalentreprenørens undersøkelsesplikt.

4.4 Byggherrens opplysningsrisiko og opplysningsplikt

Ved utførelsesentreprise er hovedregelen at byggherren som den prosjekterende part, skal fremskaffe opplysninger om byggegrunnen som del av det prosjekteringsgrunnlag entreprenøren har ved kalkulasjonen av arbeidets omfang og pris. Som det klare utgangspunkt vil

⁶¹ Se Barbo ”Kontraktsomlegging i entrepriseforhold” s. 33-35.

konsekvensene av prosjekteringsfeil måtte bæres av byggherren, med grunnlag i funksjonsfordelingsprinsippet i bakgrunnsretten.⁶²

Kjernen i totalentreprise er at entreprenøren har påtatt seg prosjekteringen, og vil som prosjekterende part selv stå som leverandør av prosjekteringsmaterialet. Han må derfor som utgangspunkt skaffe til veie de opplysninger han selv finner nødvendig for å kunne foreta en forsvarlig planlegging og utførelse av prosjektet.

Dersom byggherren allikevel har fremlagt opplysninger av relevans for grunnforholdene, så blir spørsmålet hvem som skal bære risikoen for disse opplysningene. Om det *ikke* er sagt noe om grunnforholdene i anbudsgrunnlaget, blir spørsmålet om byggherren på tross av valg av totalentreprise som kontraktsform, allikevel plikter å fremlegge visse opplysninger for totalentreprenøren. Spørsmålet blir derfor i hvilken grad totalentreprisekontrakten og prosjekteringsytelsen som den sentrale del, påvirker byggherrens opplysningsplikt og – risiko for grunnforholdene.

4.4.1 NS 3431

”Byggherren svarer for de opplysninger om grunnforholdene han *gir* totalentreprenøren”, jfr. NS 3431 pkt. 8.2.1. (Min utheving). Byggherren er pålagt å bære risikoen, når opplysningene medfører merkostnader og/ eller forsinkelse for byggeprosjektet. Bestemmelsen er en parallell til tilsvarende prinsipp i den alminnelig kontraktsrett i henholdsvis kjl. § 18 (1) og (2), avhl. § 3-8 (1) og buopfl. § 27 og hvtjl. § 18. I anbudskonkurranser vil entreprenøren ofte ha knapp tid frem til tilbudsinnlevering, slik at informasjon om tomtegrunnen lett vil være verdifullt og kunne danne grunnlag for prosjektering og pristilbud.

Ordlyden spør ikke om subjektiv skyld på byggherresiden, men knesetter en objektiv risiko for de grunnforholdsopplysninger som gis til totalentreprenøren.

Spørsmålet er imidlertid om det må stilles ytterligere krav til byggherren. Det er i denne sammenheng sentralt å avgjøre hvorvidt byggherren kan sies å ha en plikt til å fremlegge den kunnskap han har om grunnforholdene. Byggherren kan eksempelvis sitte på undersøkelsesrapporter utført av hans tekniske rådgivere eller på annen måte besitte relevant

⁶² Nærmere om funksjonsfordelingsprinsippet i pkt. 3.3 ovenfor.

informasjon. Dette kan komme på spissen om det viser seg at byggherren satt inne med relevant informasjon, som han unnlot å fremlegge for totalentreprenøren ved tilbudsinnleveringen.

Problemstillingen blir hvorvidt byggherren har informasjonsplikt, med den følge at det får konsekvenser for risikofordelingen dersom plikten misligholdes. Av særlig betydning for dette spørsmålet, er grunnundersøkelser utført på byggherresiden.

Oppplysningsplikt kan ikke utledes av pkt. 8.2.1, hvor det fremgår at ”byggherren svarer for de opplysninger om grunnforholdene han *gir* totalentreprenøren”. (Min utheving). Det må etter dette være tålelig klart at ordlyden bare rammer den informasjon som faktisk er gitt, og således faller *en plikt* til å bidra med opplysninger om tomtegrunnen utenfor bestemmelsen.

I pkt. 8.1 fastslås det derimot en plikt for byggherren til ”å opplyse om lokale forhold som han forstår eller burde forstå vil få betydning for gjennomføringen av totalentreprisen”.

Med ”lokale forhold” er naturlig å forstå at det omfatter det som ikke er naturbestemt; som eksempelvis tomtegrenser, reguleringsbestemmelser, rør og ledninger i grunnen.

Spørsmålet blir imidlertid om pkt. 8.2.1 må tolkes utvidende, slik at det også må gjelde en oppplysningsplikt vedrørende grunnforholdene.

4.4.2 Rettspraksis

Det er spinkelt med praksis som berører spørsmålet. Gulating lagmannsretts dom av 27. oktober 2008⁶³ gir imidlertid prinsipielle uttalelser av relevans for rettsanvendelsen.

Det var inngått en avtale om oppføring av omsorgsboliger som totalentreprise. Under arbeidets gang viste det seg å være betydelige morenemasser istedenfor fjell. Byggherren hadde ikke utført grunnundersøkelser. Under spørsmålet om totalentreprenørens undersøkelsesplikt, kom lagmannsretten med en uttalelse som støtter synspunktet om at det må foreligge en oppplysningsplikt for byggherrer som kontraherer under totalentreprise:

⁶³ LG-2008-45836.

”Det er ikke holdepunkter for å bygge på at de forhold det gjelder, er forhold som byggherren var klar over eller burde ha vært klar over og som han av denne grunn forstod eller burde forstå ville få betydning for gjennomføring av totalentreprisen. Lagmannsretten kan derfor ikke se at det kan legges ansvar på byggherren etter NS 3431 punkt 8.1 første ledd første punktum, og heller ikke etter bestemmelsens annet punktum.”

Lagmannsretten vurderer om byggherren burde ha orientert om de uforutsette grunnforholdene med direkte grunnlag i ordlyden i pkt. 8.1 første ledd. Domsuttalelsen gir derfor et direkte og klart uttrykk for utvidende tolking av bestemmelsen, slik at byggherren også må ha en plikt til å underrette om relevant informasjon om grunnforholdene. En enstemmig lagmannsrett kom imidlertid til at byggherren ikke hadde relevante kunnskaper om de påtrufne morenemassene. Det fikk derfor ingen rettslig betydning for risikofordelingen.

4.4.3 Juridisk teori

Jeg finner også støtte for dette i en uttalelse av Barbo⁶⁴. Selv om boken ble skrevet før vedtagelsen av NS 3431, gir den allikevel uttrykk for synspunkter som er av relevans for fortolkningen av pkt. 8:

”Hvis byggherren har kunnskap eller mistanke om at grunnforholdene ikke er gode, plikter han å opplyse entreprenøren om dette, slik at denne får en oppfordring til å foreta undersøkelser.”

Barbo fremhever dette under drøftelsen av totalentreprise uten konkurranse. Det samme synspunkt bør etter min mening enn mer gjelde for tilfeller der det kontraheres på grunnlag av anbudskonkurranse. I konkurransesituasjonen er det knapt med tid og derfor liten mulighet til å gjøre grundige undersøkelser. Da blir det enda viktigere for entreprenøren å

⁶⁴ ”Totalentreprise” s.50.

få opplysninger om grunnforholdene før inngivelsen av tilbudet, slik at risikoen kan prises inn eller slik at han får oppfordring til å innta forbehold i kontrakten. I samme retning Hørlyck⁶⁵. Han hevder at byggherrens opplysninger om grunnforholdene i totalentreprise, må være fyldestgjørende og lojale. Til støtte for sitt syn, trekker han frem to voldgiftsavgjørrelser.⁶⁶

4.4.4 Reelle hensyn

Dette gjelder sterkt profesjonelle kontrakter, der det må forventes at partene ivaretar sine egne interesser. Dette hensynet trekker mot at byggherren skal pålegges en opplysningsplikt. Opplysningsbehovet henger uløselig sammen med hvordan prosjektet utformes. Her er det totalentreprenøren som prosjekterer, og som således har særlig mulighet til å undersøke hvilke problemer han eventuelt må overvinne.⁶⁷ Totalentreprenøren har påtatt seg prosjekteringen av bygget, og må derfor ha ansvaret for å klarlegge alle relevante forhold.⁶⁸ I samme retning trekker hensynet til forutberegnelighet i kontraktsforholdet. Plikter bør komme klart til uttrykk i kontrakten.

Imidlertid fastslås det en generell opplysningsplikt i standardens pkt. 7, ved at ”partene plikter å underrette hverandre om forhold de bør forstå kan eller vil få betydning for kontraktsarbeidet”. Det er ingen rimelig grunn til å verne den byggherre, som bevisst eller ubevisst unnlater å underrette om grunnforhold det vil være av betydning for totalentreprenøren å få vite om før inngivelsen av tilbudet. Undersøkelser kan eksempelvis ha vist at byggegrunnen er svært forurensset. En del byggherrer vil nok være fristet til å holde de ufordelaktige opplysningene for seg selv. Preventive grunner trekker således også i retning av opplysningsplikt. Det vil innstille byggherren på å gjøre sitt ytterste for at relevante forhold av betydning for gjennomføringen av kontrakten, blir bragt til totalentreprenørens kunnskap.

⁶⁵ ”Totalentreprise” s.73 og ”Entreprise & licitation” s. 14.

⁶⁶ Kjennelser fra Voldgiftretten for bygge-og anlægsvirksomhed (VBA) 1978.15 og 1981.24.

⁶⁷ Slik også Hørlyck ”Totalentreprise” s. 73

⁶⁸ Se eksempelvis Hagstrøm ”Obligasjonsrett” s. 141-149.

Bedrifts- og samfunnsøkonomisk er det lite effektivt at totalentreprenøren må gjøre egne undersøkelser når det allerede eksisterer relevante rapporter. Dette bør enn mer gjelde i anbudskonkurranser, der det kan være mange entreprenører som foretar ganske like undersøkelser og målinger forut for tilbudsinnleveringen.⁶⁹ De utgiftene entreprenørene her pådrar seg, vil i neste omgang bli fordelt i kommende prosjekter og dermed presse prisene oppover. Hørlyck hevder at det kan anføres gode grunner for at byggherren gir så mange opplysninger som mulig, og ikke minst i konkurransesituasjoner.⁷⁰ Opplysningene kan også gi totalentreprenøren oppfordring til å foreta *supplerende* undersøkelser.

4.4.5 Svensk og dansk rett

Tilsvarende som etter norsk rett, er byggherren etter svensk ABT pålagt en objektiv risiko for de opplysninger han faktisk gir, jfr. 1:6 første ledd. Men opplysningsrisikoen går etter denne bestemmelsen lenger enn bare å pålegge risiko for de opplysninger han har gitt. Etter tredje ledd forutsettes, at byggherren også har gitt opplysninger ”som kan erhållas vid en fackmässig undersökning av den fastighet eller del av fastighet som berörs av kontraksarbetarna”. Bestemmelsen er tilsvarende som for utførelsesentreprise i AB 04.

Dansk ABT 93 pålegger byggherren å gi opplysninger i konkurransegrunnlaget. Det fremgår av § 2, stk. 2, annet punktum at materialet skal være ”entydigt og således udformet, at der er klarhed over ydelsernes omfang og indhold”, og er i uendret form overført fra dansk AB. I stk. 4 pålegges også en eksplisitt plikt til å opplyse om kulturminner på tomten. Hørlyck begrunner det med at totalentrepriseformen prinsipielt ikke endrer byggherrens plikt til å sørge for opplysninger om forhold som ikke er alminnelig kjent eller umiddelbart tilgjengelig.⁷¹

Videre inneholder standarden en uttrykkelig opplysningsplikt i § 15, stk. 4. Ordlyden er tilsvarende som etter AB § 15, stk. 4 for utførelsesentreprise. Det fastslås at anbudsmaterialet

⁶⁹ Samme retning Barbo ”Totalentreprise” s. 51 og Sandvik ”Entreprenørrisikoen” s. 131-133.

⁷⁰ Hørlyck ”Totalentreprise” s. 73.

⁷¹ Hørlyck s. 27.

skal inneholde opplysninger om alle relevante grunnforhold, og at mangler ved dette materialet er byggherrens fulle risiko. Det er således ved utformingen av regelen, ikke tatt hensyn til at entreprenøren har påtatt seg prosjekteringsansvaret.⁷²

Vagner går langt i å begrense byggherrens opplysningsplikt, når han med støtte i rettslitteraturen hevder at bestemmelsen har et meget begrenset anvendelsesområde.⁷³

Med støtte i foreliggende voldgiftspraksis hevder Hørlyck på sin side, at byggherren ikke har risikoen for uforutsette grunnforhold i den grad totalentreprenøren som ”led i sin projektering burde have afklaret forholdene”.⁷⁴ Hørlyck går allikevel svært langt i å pålegge byggherren opplysningsplikt. Han legger etter min mening for liten vekt på hensynet til totalentreprenørens prosjekteringsansvar, når han med støtte i voldgiftspraksis og reelle hensyn uttaler:⁷⁵

”... at selv om der utbydes i totalentreprise, skal bygherren give den eller de bydende oplysning om vanskeligheder og udførelsesrisici, der ikke er sædvanlige og forventelige, og bygherren må som et minimalt krav udtrykkeligt præcisere ved udbudet, i hvilket omfang de bydende selv skal foreta undersøkelser.”

Deretter uttaler han at gjeldende rett må innebære en kombinasjon av opplysningsplikt og undersøkelsesplikt. Noe som utvilsomt må anses i tråd med norsk entrepriserett på dette punkt.

4.4.6 Konklusjon

Etter dette må det anses som relativt sikkert, at NS 3431 pkt. 8.2.1 må tolkes slik at bestemmelsen inneholder en plikt for byggherren til å fremlegge alle relevante grunnundersøkelser han besitter eller har kunnskap om. Risikofordelingen må fastlegges på

⁷² Slik også Hørlyck s.73 og s. 69.

⁷³ Vagner s. 346-348.

⁷⁴ Hørlyck s.73.

⁷⁵ Hørlyck s. 73-74.

bakgrunn av de konkrete omstendighetene i saken. I de tilfeller der totalentreprenøren ikke har oppdaget de forhold som byggherren burde ha opplyst om er det mye som tilsier at resultatet vil bli en deling av risikoen.⁷⁶

4.4.7 NS 3431 er ikke vedtatt som del av kontrakten

Når partene verken har vedtatt NS 3431 som del av kontrakten, så blir spørsmålet hva som er den alminnelige entrepriseregelen om byggherrens opplysningsplikt.

Buopfl. §26 og hvtjl. § 19 knesetter opplysningsplikt om vesentlige forhold den annen part hadde grunn til å regne med å få, og som må antas å ha innvirket på avtalen.

Bestemmelsene regulerer entreprenørens opplysningsplikt i forbrukerkontrakter, men er utslag av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp om partenes underretningsplikt om forhold av vesentlig betydning.⁷⁷ Dette prinsippet er også nedfelt i NS 3431 pkt. 7.1, men må gjelde uavhengig av vedtagelse. Det vil imidlertid i langt større grad forventes at partene ivaretar sine interesser selv i profesjonelle forretningsforhold. I samme retning Hagstrøm.⁷⁸ Men uavhengig av partenes profesjonalitet og fagkunnskap, synes det klart at det må foreligge en alminnelig opplysningsplikt om forhold av vesentlig betydning for entreprenørens vurdering av grunnforholdene i totalentreprise.⁷⁹

Den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold vil også hjemle en opplysningsplikt. Alminnelige lojalitetsprinsipper tilsier at byggherren må underrette om relevante grunnforhold. Det vil være uheldig for samarbeidet i det konkrete kontraktsforholdet spesielt og til den generelle påliteligheten i bransjen generelt, dersom byggherren risikofritt kan unnlate å fremlegge relevante opplysninger om tomtegrunnen.

⁷⁶ Barbo hevder samme synspunkt i ”Totalentreprise” s.50.

⁷⁷ Se eksempelvis Hagstrøm ”Obligasjonsrett” s. 133-139.

⁷⁸ Hagstrøm ”Obligasjonsrett” s. 141-149.

⁷⁹ Se også Hørlyck s. 25-26.

Det kan etter dette ikke være tvilsomt, at det gjelder en alminnelig entrepriserettslig regel om at byggherren plikter å gi vesentlige opplysninger om grunnforholdene som er relevante for totalentreprenørens risikovurdering.

4.5 Totalentreprenørens risiko for grunnforholdene

Utgangspunktet er at totalentreprenøren har prosjekteringsansvaret. Spørsmålet blir om dette impliserer risikoen for grunnforholdene. Risikospørsmålet gjelder på forskjellige stadier av byggeprosessen.⁸⁰ En særlig problemstilling under dette, gjelder innhold og omfang av totalentreprenørens undersøkelsesplikt.

Totalentreprenørens risiko er negativt avgrenset, og regulerer således de tilfeller som faller utenfor byggherrens opplysningsrisiko etter NS 3431 pkt. 8.2.1:

”For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold i grunnen med mindre han godtgjør at han ikke burde oppdaget dem eller tatt dem i betraktning”, jfr. pkt. 8.2.2.

Det er totalentreprenøren som må godtgjøre med sannsynlighetsovervekt, at han ikke burde tatt hensyn til de påtrufne grunnforholdene.

For det første, må totalentreprenøren bære risikoen for forhold som *kunne vært avdekket*. Han har eksempelvis kuttet ned på undersøkelsene, og tatt en kalkulert risiko. De rettspolitiske hensyn, er at totalentreprenøren må bære regningen for problemer som på forhånd kunne vært avdekket som del i prosjekteringen. De forhold han kunne oppdaget ved nærmere undersøkelser, faller derfor naturlig innenfor den prosjekteringsoppgaven han har påtatt seg. Det følger av bestemmelsens første alternativ.

Selv om totalentreprenøren ikke kunne ha avdekket forholdene på forhånd, må han bære risikoen for grunnforhold han *”burde ha... tatt i betraktning”*. Det siste alternativet utvider totalentreprenørens risiko. Det medfører at totalentreprenøren bærer risikoen for et bredt spekter av problemer i grunnen, når dette er forhold han *burde tatt i betraktning* før

⁸⁰ Se NS 3431 pkt. 8.4 og 8.5.

inngivelsen av tilbudet. Hvorvidt det på forhånd i det hele tatt var praktisk mulig å avdekke forholdene, er ikke vektlagt i ordlyden. Dersom totalentreprenøren hadde oppfordring om å vurdere enkelte problemkomplekser, vil han måtte bære risikoen for alle ekstrakostnader dette medfører.

De rettspolitiske hensyn er, at entreprenøren da burde priset inn risikoen i tilbudet eller tatt forbehold i kontrakten.

Etter ordlyden rammes også grunnforholdsproblemer totalentreprenøren burde tatt i betraktning, men som var svært lite sannsynlig at ville inntre. Byggherren har eksempelvis lagt ved en undersøkelsesrapport, som han understreker at er ganske overflatisk og således for tynn til å utgjøre en del av prosjekteringsgrunnlaget. Oppstår det problemer som var nevnt i rapporten, må totalentreprenøren som utgangspunkt bære følgene av dette.

Bestemmelsen er derfor svært vidtrekkende. Med mindre byggherren har gitt feilaktige opplysninger, så innebærer den at totalentreprenøren bærer risikoen for grunnforholdene. Spørsmålet blir imidlertid om ordlyden favner så vidt, at den må tolkes innskrenkende.

Dette må løses med grunnlag i de øvrige rettskildefaktorer.

Standardens pkt. 22.2.2 kan gi tolkingsbidrag. I henhold til denne bestemmelsen, kan entreprenøren ikke kreve fristforlengelse ”for hindring som han burde tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av”. Bestemmelsen har klare paralleller til kontrollregelen i kjl. § 27, buopfl. § 11 første ledd bokstav c, hvtjl. § 28 og NS 8405 pkt. 24.3 tredje ledd. Fortolkningen av disse bestemmelsene vil derfor kunne ha relevans for vurderingen av hva totalentreprenøren burde ha tatt i betraktning i henhold til NS 3431 pkt. 8.2.2.

Hagstrøm uttaler om entreprenørens mulighet for å kunne ta hindringen i betraktning⁸¹:

”Formuleringen er valgt for å tilkjennegi at det ikke er avgjørende om hindringen kunne forutsees med rimelig grad av sannsynlighetsovervekt. Også de mindre sannsynlighetsgrader er relevante dersom det ved kontraktsinngåelsen knyttet seg så

⁸¹ ”Entrepriserett-utvalgte emner” s. 38.

mye usikkerhet til en omstendighet at entreprenøren hadde oppfordring til å overveie den og eventuelt ta et spesifisert forbehold”.

Etter dette er det ikke avgjørende for risikoplasseringen hvor sannsynlig hindringen framsto, men hvorvidt entreprenøren hadde *oppfordring* til å kartlegge risikoen og således vurdere å ta forbehold i kontrakten. Det vil således ha betydning om det i forkant av kontraktsslutningstidspunktet forelå opplysninger, som var egnet til å kaste lys over grunnforholdene. Kunnskap og erfaring totalentreprenøren besitter, vil selvfølgelig også ha relevans for vurderingen av hva ”han... burde oppdaget eller tatt dem i betraktning”. (Min utheving).⁸² Spørsmålet blir hva han etter et rimelig skjønn kunne forvente seg. Drøftelsen blir etter dette todelt, hvorvidt entreprenøren har bygget på opplysninger fra byggherren eller ei.

4.5.1 Byggherren har gitt uriktige opplysninger

Byggherrens opplysninger vil kunne være et viktig premiss for totalentreprenørens vurdering av risikoen og prissettingen i tilbudet. Opplysningene kan fremkomme av anbudsmaterialet eller på annen måte. Byggherren har eksempelvis lagt ved rapporter, som viser at fjellet består av granitt. Under arbeidets gang, viser det seg imidlertid at fjellet består av skifer.

Det fremgår av pkt. 8.2.1 at byggherren er pålagt en objektiv risiko for alle opplysninger han gir.⁸³ I henhold til ordlyden, gjelder det som utgangspunkt alle uriktige opplysninger som gis vedrørende grunnforholdene. Opplysningene vil typisk være rapporter fra grunnundersøkelser eller annen informasjon byggherren gir til totalentreprenøren. Et spørsmål er om han bare svarer for at grunnundersøkelsene er korrekt utført, eller om han også må bære risikoen for de forsvarlige slutninger som kan utledes av rapportene.

⁸² Dette ble berørt i Gulating lagmannsretts dom av 27. oktober 2008. LG-2008-45836. Retten uttalte i dommen: ”Det er ikke uten interesse at NCC før kontrakten ble undertegnet fra denne side, som nevnt, var klar over at det var mindre fjell i grunnen enn antatt og det var mye tettpakket morene der”.

⁸³ Jfr. drøftelse ovenfor under pkt. 4.4.1.

Dette er sentralt, fordi beskrivelsene i rapportene ofte viser seg å være et tvistetema.

Geologi og geoteknikk er teknisk krevende fagfelt, som vil stille krav til kompetanse og innsikt for å kunne tilegne seg og fortolke funn i rapportene. Problemstillingen samsvarer med den som ble drøftet under utførelsesentreprise, og kan ikke ses å stå i noen prinsipielt annen stilling ved totalentreprise enn ved utførelsesentreprise. Jeg viser til drøftelse foran, og konkluderer med at byggherrens risiko vil omfatte forsvarlige slutninger som utledes av dette materialet.⁸⁴

Dette leder oss over til spørsmålet om totalentreprenøren risikofritt kan legge disse slutningene til grunn for prosjekteringen, og således unnlate å gjøre undersøkelser av byggetomten.

Problemstillingen i det følgende er om totalentreprenørens undersøkelsesplikt er subsidiær i forhold til byggherrens opplysningsplikt.

4.5.2 Rettspraksis

Gulating lagmannsretts dom av 21. august 2008⁸⁵ gir bidrag for tolkingen av pkt. 8.2, der forholdet mellom byggherrens opplysningsrisiko og totalentreprenørens undersøkelsesplikt ble drøftet.⁸⁶

Det var inngått totalentreprisekontrakt basert på NS 3431 mellom Stryn Energi og NCC om utbygging av et kraftverk. Under arbeidet med damkonstruksjonen, viste det seg at terrenget lå 3,3 meter lavere enn NCC hadde lagt til grunn ved inngivelsen av anbudet. Entreprenøren krevde tilleggsvederlag på grunnlag av at vannkraftanlegget ble fordyret, som følge av uriktige opplysninger gitt av byggherren. To av sakens hovedspørsmål var om Stryn Energi hadde gitt uriktige opplysninger, og dernest hvem av partene som måtte bære risikoen for at de uriktige opplysningene var lagt til grunn for anbudet. Stryn Energi hadde

⁸⁴ Se ovenfor under pkt. 3.3.

⁸⁵ LG-2007-123605.

⁸⁶ Spørsmålet om entreprenørens krav om merutgifter var tapt som følge av for sen varsling, ble påanket til Høyesterett. Retten fant at det var varslet i tide og anken ble forkastet, Rt-2009-160. Spørsmålet om det fra byggherrens side var gitt uriktige opplysninger, var ikke omtvistet for Høyesterett.

fremlagt grunnundersøkelser, som totalentreprenøren ikke hadde kontrollert riktigheten av. Lagmannsretten tok utgangspunkt i NS 3431 pkt. 8.2, og gikk grundig inn på hvordan opplysningene fremsto for entreprenøren. Både anbudsbeskrivelsen, anbudstegningen og arbeidsbeskrivelsen i kontraktsdokumentene pekte entydig i samme retning. De ga således tydelige indikasjoner om fjell i dagen.

På spørsmålet om totalentreprenøren burde ha undersøkt fjellnivået i damanlegget nærmere, var det avgjørende for retten at byggherren hadde gitt uriktige opplysninger.

Opplysningene fremsto som klare. Totalentreprenøren hadde derfor ingen grunn til å tvile på at opplysningene var korrekte, og hadde derfor ingen oppfordring om å gjøre egne undersøkelser av fjellnivået i dammen.

Retten vektla også at damkostnadene bare var fire prosent og således små i forhold til den totale kostnaden for totalentreprisen. Det støttet opp under synspunktet om at entreprenøren ikke hadde noen foranledning om å kontrollere de klare opplysningene nærmere. En enstemmig lagmannsrett uttalte:

”Det kunne således ikke forventes at NCC skulle kontrollere opplysninger som, både for dem og rent objektivt, fremsto som klare da anbudet skulle utarbeides.”

Dommen gir støtte for å hevde at byggherrens klare opplysninger medfører at totalentreprenørens undersøkelsesplikt suspenderes. Den trekker således i samme retning som slutningen fra ordlyden.

Det kan også utledes av premissene at retten ikke utelukker undersøkelsesplikt dersom opplysningene eksempelvis fremstår som forbeholdne. Det gjaldt entydige opplysninger fra byggherrens rådgivende ingeniører. Kravet til entreprenørens undersøkelsesplikt vil derfor bero på hvor sikre og dokumenterte opplysningene fremstår for totalentreprenøren.

Dommen er klar. Den gjelder heller ikke et grensetilfelle, da samtlige dommere fant det *”utvilsomt”* at byggherren måtte bære risikoen for de uriktige opplysningene. Byggherren ble etter dette pålagt risikoen for de uforutsette grunnforholdene, selv om entreprenøren kunne ha avdekket terrengnivået før tilbudsinngivelsen. Risikodeling var ingen aktuell problemstilling.

Undersøkelsesplikten vil etter dette avhenge av hvor *massive og entydige* opplysningene fremstår. Men dess snevrere anvendelse man gir byggherrens opplysningsrisiko etter pkt. 8.2.1, jo oftere vil forholdet måtte vurderes ut i fra hva totalentreprenøren ”for øvrig” burde ha oppdaget eller tatt i betraktning etter pkt. 8.2.2.

Skal entreprenøren bli ansvarsfri på tross av at han har unnlatt å gjøre undersøkelser, må opplysningene utvilsomt være entydige. Trekker de i hver sin retning, vil materialet fremstå som så vidt usikkert at det gir totalentreprenøren en mer eller mindre klar oppfordring om å avklare forholdene før innlevering av tilbudet. Da vil sannsynligvis resultatet snarere bli en risikodeling.

En annen problemstilling er om det også må gjelde en risikodeling i de tilfeller der totalentreprenøren satt inne med relevante kunnskaper om grunnforholdene. I kraft av at byggherren har en *objektiv* risiko for de opplysninger han gir, så vil ikke dette ha innvirkning på risikodelingen etter pkt. 8.2. Ordlyden gir klare føringer for at verken kunnskaper eller undersøkelser på totalentreprenørens hånd, vil ha betydning for risikospørsmålet når byggherren har gitt uriktige opplysninger om grunnforholdene.

Sterke lojalitetshensyn trekker imidlertid i retning av at totalentreprenøren må underrette byggherren om de forhold han vet om. Den alminnelige opplysningsplikten partene er pålagt i medhold av standardens pkt. 7.1 styrker også dette standpunktet. Totalentreprenøren har også en klar plikt til å varsle om grunnforhold og nødvendige undersøkelser i pkt. 8.3-8.5. og pkt. 22.5.

4.5.3 Teori

Hørlyck hevder at kravet til og omfanget av totalentreprenørens undersøkelsesplikt, må ta utgangspunkt i hva som kreves med grunnlag i god prosjekteringsskikk.⁸⁷ I dette ligger det et klart dynamisk element, ved at normen må fastlegges i de til enhver tid gjeldende krav i entreprisenæringen.

⁸⁷ ”Totalentreprise” s.69.

4.5.4 Reelle hensyn

Av betydning for rettsanvendelsen, er hva som objektivt sett fortøner seg som en rimelig og praktisk regel. Eller som Hørlyck formulerer det:⁸⁸

”om det er mere rimeligt og hensigtsmæssigt at pålægge en totalentreprenør en undersøgelsesplikt end en traditionel entreprenør, der avgiver tilbud på grundlag af bygherrens projekt.”

Rimelighet tilsier at terskelen for at totalentreprenøren risikofritt kan *unnlate* å gjøre egne undersøkelser, bør settes høyt. Ved rettsanvendelsen bør den objektive opplysningsrisikoen byggherren er pålagt etter NS 3431 pkt. 8.2.1, sees i sammenheng med at totalentreprenøren har inngått en kontrakt som i utgangspunktet innebærer at han sitter med hele prosjekteringsrisikoen. Derfor bør kun helt klare og entydige opplysninger om grunnforholdene, kunne frita totalentreprenøren for undersøkelsesplikt. Manglende klarhet eller divergens i de fremlagte opplysninger, bør føre til at undersøkelsesplikten skjerpes. Et spørsmål er hvor langt man bør strekke undersøkelsesplikten. Det vil i de fleste tilfeller være en så vel praktisk som økonomisk umulighet å avdekke alle risikomomenter før inngivelsen av anbudet.

Totalentreprenøren velger på tross av uklare opplysninger, å ta en bevisst risiko ved å unnlate å foreta nærmere undersøkelser av grunnforholdene.

Byggherren har på den annen side gitt uriktige opplysninger uten å ta forbehold. Dersom det hadde foreligget korrekte opplysninger om grunnforholdene, ville anbudet vært priset høyere. Preventive grunner vil også kunne medvirke til at byggherren kvalitetssikrer sine opplysninger, og trekker således i samme retning.

En rimelig løsning vil derfor være å fordele risikoen mellom partene etter en brøk. Det vil føre til at balansen i kontraktsforholdet opprettholdes og dempe konfliktnivået.

Spørsmålet er imidlertid hvordan risikofordelingen bør bli i de tilfeller byggherren overfører all risiko for sine opplysninger til totalentreprenøren. Når byggherren velger å

⁸⁸ ”Totalentreprise” s. 73.

foreta egne grunnundersøkelser eller gi andre typer opplysninger, så er formålet å spare utgifter. Overføres risikoen for disse opplysningene, så gir dette totalentreprenøren klare signaler om at grunnforholdene er usikre. Dette må han kompensere ved å ta fullt vederlag for risikoen som overføres. Dermed vil byggherrens besparelse falle bort. På tross av en lite heldig bedrifts- og samfunnsøkonomisk løsning, vil hovedregelen her måtte bli at totalentreprenøren må bære hele risikoen.

Et forbehold vil lett lede til at problemene burde vært ”tatt i betraktning” etter pkt. 8.2.2, slik at totalentreprenøren blir sittende med risikoen.

4.5.5 Svensk og dansk rett

Svensk ABT 06 pålegger totalentreprenøren en undersøkelsesplikt i 1:7, der det fastslås at han innen tilbudsinnngivelse må ”ha skaffat sig den kännedom om arbetsområdet och andra förhållanden av betydelse för bedömningen av vad som kan erfordras”. Bestemmelsen er derfor helt identisk med ordlyden i AB 04 1:7. Men for å markere at totalentreprenøren har et større ansvar som den prosjekterende part, fastslås det i ABT at totalentreprenøren ”i skälig omfattning ha[r] skaffat sig kännedom om andra förhållanden av betydelse för hans anbud”, jfr. annet punktum. Sammenholdt med første punktum, så er det naturlig å tolke annet punktum dithen at det stilles større krav til undersøkelser enn det som kan utledes av et ”besök på platsen”. I samme retning Liman⁸⁹. Det holder derfor ikke med en befaringsavtomten.

I kommentaren til ABT 06 hevdes det at undersøkelsesplikten ikke er begrenset til et besøk på plassen, men *at grunnundersøkelser som hovedregel ikke kreves*, jfr. Kommentar til §§ 6 og 7 tredje ledd, siste punktum. Det kan etter dette slås fast, at det nok stilles mildere krav til totalentreprenørens undersøkelsesplikt etter svensk entrepriserett. Dermed utvides byggherrens risiko for grunnforholdene tilsvarende. Dette leder til at byggherren som hovedregel vil bære risikoen, når grunnforholdene eksempelvis bare kunne vært oppdaget ved boringer eller målinger.

Dersom totalentreprenøren på den annen side blir pålagt risikoen for manglende under-

⁸⁹ ”Entreprenad- og konsultrett” s. 186.

søkelser, ”... innskänks inte beställarens [uppgifts]ansvar enligt § 6 i detta kapitel”, jfr. § 1:7 første ledd, tredje punktum.

Dansk ABT 93 inneholder ingen konkrete krav til totalentreprenørens undersøkelsesplikt. Dette har sammenheng med at dansk ABT § 15, stk. 4 er utarbeidet på grunnlag av utførelsesentreprise uten nærmere tilpasninger, jfr.pkt. 4.4.3. Bestemmelsen tar derfor ikke hensyn til det særegne ved totalentreprise; at det er totalentreprenøren som er den prosjekterende part.⁹⁰ Som Hørlyck uttaler⁹¹:

”Bestemmelsen tager ikke hensyn til, at en totalentreprenør som den prosjekterende part også har pligten til at udføre de forundersøgelser, der efter god prosjekterings-skik henhører under prosjekteringsvirksomheden”.

Vagner tar også til orde for et slikt synspunkt, og hevder at bestemmelsen har et meget begrenset anvendelsesområde.⁹²

Hørlyck konkluderer med at totalentreprenøren ikke kan kreve tilleggsvederlag, når han på forhånd burde ha avdekket forholdene. Uttalelsen kan derfor tas til inntekt for at totalentreprenørens undersøkelsesplikt *går foran* byggherrens opplysningsrisiko i det tilfellet totalentreprenøren burde ha tatt de uforutsette grunnforholdene i betraktning. Men dansk rettspraksis og juridisk teori gir uttrykk for at mangelfulle eller ingen opplysninger fra byggherren, som utgangspunkt fører til at risikoen legges på byggherren.

Det kan etter dansk entrepriserett konkluderes med at det stilles et klart krav til byggherren om å opplyse om grunnforhold som det ikke kan forventes at totalentreprenøren kunne forutse. Det er derfor grunnlag for å hevde at risikoen etter dansk rett oftere vil pålegges byggherren enn det som følger av norsk rett.

⁹⁰ Jfr. foran i pkt. 4.4.5.

⁹¹ ”Totalentreprise” s. 73.

⁹² ”Entrepriseret” s. 346-348.

4.5.6 Konklusjon

Byggherren må bære risikoen for uriktige opplysninger, som er klare og entydige. Jo mindre bestemte opplysningene fremstår, dess større grad av oppfordring har totalentreprenøren til å gjøre egne undersøkelser. Det vil lett føre til en risikodeling.

Er opplysningene motstridende, vil det nok være gode grunner til å pålegge totalentreprenøren risikoen alene.

4.6 Det foreligger ingen opplysninger fra byggherren

Utgangspunktet fremgår av standardens pkt. 8.2.2.

Totalentreprenøren bærer risikoen for uforutsette grunnforhold når byggherren ikke har gitt opplysninger om grunnforholdene. Unntaket gjelder for de tilfeller der totalentreprenøren verken burde ha avdekket risikoen eller tatt den i betraktning. Da vil risikoen for forsinkelser og merkostnader ligge hos byggherren.⁹³

Problemstillingen blir hvem som skal ha risikoen for forutsetningssvikten når byggherren ikke har gitt noen opplysninger om grunnforholdene.

4.6.1 Rettspraksis

Det er lite rettspraksis som gir bidrag for tolkingen av pkt 8.2.2.

Gulating lagmannsretts dom av 27. oktober 2008 gir imidlertid bidrag for rettsanvendelsen.⁹⁴

Det var inngått kontrakt om oppføring av omsorgsboliger. Kontrakten var basert på NS 3431. Det forelå ingen opplysninger om tomtegrunnen. Grunnforholdene viste seg vanskeligere enn antatt, og totalentreprenøren reiste krav om tilleggsvederlag og fristforlengelse.

Retten konstaterte utgangspunktet etter pkt. 8.2.2 om at totalentreprenøren har risikoen for grunnforholdene med mindre totalentreprenøren verken burde ha oppdaget eller tatt for-

⁹³ Jfr. drøftelse under pkt. 4.5.

⁹⁴ ⁹⁴ LG-2008-45836. ovenfor under pkt. 4.4.2.

holdene i betraktning på forhånd. På spørsmålet om entreprenøren burde undersøkt grunnen, uttaler en enstemmig lagmannsrett:

”Lagmannsretten kan for sitt vedkommende ikke se at det kan være avgjørende at det ville bli komplisert å foreta nærmere undersøkelser og bedømme resultatene av disse. Poenget må således være at totalentreprenøren i dette tilfellet har inngått på en kontrakt som plasserer ansvaret og risikoen hos ham, uten en gang å foreta undersøkelser som ville avdekket slik usikkerhet omkring grunnforholdene at det kunne være grunn til å ta en nærmere diskusjon om dette.”

Lagmannsretten la vekt på at entreprenøren hadde valgt å inngå en totalentreprisekontrakt. Det understreker det grunnleggende poeng; at utgangspunktet for risikovurderingen er at entreprenøren ved totalentreprisekontrakten har påtatt seg et prosjekteringsansvar.

Det avgjørende for risikofordelingen var derfor at totalentreprenøren ikke hadde foretatt seg noe for å avklare grunnforholdene. Grunnens beskaffenhet var usikker, og det forelå ingen opplysninger om byggegrunnen. Siden utgangspunktet her er at totalentreprenøren bærer risikoen, så ble det totalentreprenørens oppgave å avklare tvil om grunnforholdene når det ikke forelå relevante opplysninger. Dette ga totalentreprenøren en sterk oppfordring om å vurdere risikoen før kontraktsslutning.

I tillegg hadde entreprenøren kunnskaper om de lokale grunnforholdene. Dette gav ham en enda sterkere foranledning til nærmere undersøkelser. Entreprenøren hadde heller ikke tatt forbehold i kontrakten.

En enstemmig lagmannsrett kom til at totalentreprenøren måtte bære risikoen for grunnforholdene, og krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse ble følgelig avvist.

Imidlertid uttaler retten at det ikke var ”avgjørende at det ville bli komplisert å foreta nærmere undersøkelser og bedømme resultatene av disse”. (Min utheving). Det hadde derfor ikke utslagsgivende betydning i denne saken. Det er naturlig å tolke premissene dithen, at det her åpnes for en viss reservasjon for hvor langt totalentreprenørens risiko bør strekkes etter NS 3431. Det ble imidlertid ikke satt på spissen her.

Agder lagmannsretts dom av 20. desember 2007⁹⁵ omhandler også et tilfelle der det ikke var gitt opplysninger om byggegrunnen. Det gjaldt en totalentreprise om oppføring av åtte hus. NS 3431 var vedtatt som del av kontrakten. Som følge av dårlige grunnforhold, oppsto det setningsskader på én av tomtene. Spørsmålet var hvem av partene som hadde risikoen for dette. Retten vurderte de foreliggende omstendighetene i saken, og kom til at entreprenøren burde ha foretatt grunnundersøkelser. Det gjaldt en sjøtomt, der sjøen gikk helt opp til hovedhuset før utbyggingen. Dette måtte da ha vært sannsynlig for totalentreprenøren at grunnen kunne gi etter. I tillegg skulle det kjøres på tunge masser av sprengstein.

Totalentreprenøren hadde derfor all oppfordring til å ta risikoen ved grunnforholdene i betraktning ved inngivelsen av anbudet. Han hadde på tross av dette, heller ikke tatt forbehold.

En enstemmig lagmannsrett kom til at totalentreprenøren måtte bære risikoen. Dommen er ganske konkret, og dens rettskildeverdi svekkes derfor noe.

Gjennomgangen av rettspraksis gir et entydig bilde. Når byggherren er taus om grunnforholdene, skal det mye til for at totalentreprenøren har krav på fristforlengelse og/ tilleggsvederlag.

4.6.2 Juridisk teori

Om denne problemstillingen hevder Barbo i samme retning, at totalentreprenøren må bære risikoen for grunnforholdene ut i fra utgangspunktet om at han har risikoen for grunnforholdene. Dersom byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt og totalentreprenøren har misligholdt sin undersøkelsesplikt, åpnes for en risikodeling.⁹⁶

Hørlyck forfekter derimot et noe annet standpunkt. Etter hans syn, har byggherren *plikt* til å fremlegge alle opplysninger, som det ikke kan forventes at totalentreprenøren kunne

⁹⁵ LA-2006-126227.

⁹⁶ ”Totalentreprise” s. 49-50.

forutse ved risikovurderingen.⁹⁷ Manglende opplysninger om grunnforholdene vil etter dansk rett regelmessig anses som feil ved anbudsgrunnlaget.⁹⁸ Det vil følgelig føre til at byggherren pålegges risikoen. Totalentreprenøren har imidlertid plikt til ”gjennom sin projekteringsvirksomhed... tilvejebringe tilstrækkelig vejledning”. Når totalentreprenøren har gjort det som kan forventes av ham i henhold til god prosjekteringsskikk, vil derfor byggherren etter omstendighetene bære risikoen alene.

4.6.3 Reelle hensyn

Vanskelige grunnforhold totalentreprenøren kunne ha oppdaget ved nærmere undersøkelser, faller klart innenfor prosjekteringsforpliktelsen han har påtatt seg ved å inngå totalentreprisekontrakten.⁹⁹ Dette gjelder kontraktsforhold der partene har sterke profesjonelle interesser. Dette taler for at undersøkelsesplikten bør være streng. Totalentreprenøren har påtatt seg et prosjekteringsansvar, og rimelighetshensyn tilsier da at han bør bære risikoen i de tilfeller manglende prosjektering fører til uventede problemer.

Det knytter seg imidlertid mer tvil til risikoplasseringen, for de tilfeller der det på forhånd var umulig å avdekke grunnforholdenes beskaffenhet. Det vil eksempelvis være umulig å avdekke de geologiske forholdene i *fjell* fullt ut. Uventede grunnforhold som ikke kunne vært avdekket på forhånd, er ikke utslag av mangelfull prosjektering. I den grad vanskene ikke kan tilbakeføres til totalentreprenørens prosjektering, vil en regel som pålegger totalentreprenøren risikoen etter min mening savne rimelig begrunnelse. Så langt valget av byggetomt er bestemt av byggherren, vil det mest hensiktsmessige og rimelige være at byggherren selv må ta kostnadene. Problemene er i disse tilfeller en følge av tomtevalget, og ikke av totalentreprenørens prosjektering. På den annen side; når forholdene ligger slik an, vil det gi totalentreprenøren en oppfordring om å prise usikkerheten inn i tilbudet. Om byggherren pålegges risikoen, vil det kunne oppmuntre til prosess om hvorvidt det var

⁹⁷ ”Totalentreprise” s. 71-73.

⁹⁸ Kendelser fra Voldgiftretten for bygge-og anlægsvirksomhed (VBA) 1978.15 og 1981.24.

⁹⁹ ”Entreprenørrisikoen” s. 216 flg.

praktisk og økonomisk mulig for totalentreprenøren å avdekke forholdene. Det fremkommer imidlertid av bakgrunnsretten og er et overordnet prinsipp i entrepriseforhold; at vederlagsrisikoen er plassert etter funksjonsfordelingen.¹⁰⁰ Overlates totalentreprenøren all risiko når byggherren er taus om grunnforholdene, kan det på sikt være konkurransehemmende ved at færre entreprenører tør legge inn anbud. Dette påslaget må i sin tur prises videre inn i kommende oppdrag, og vil kunne føre høyere priser i byggebransjen.

Jeg finner også en viss støtte for å redusere totalentreprenørens risiko i premissene for voldgiftsavgjørelsen av 6. desember 1991. Risikofordelingen ble løst med grunnlag i deklarasjonsrett, men gir uttrykk for prinsipielle hensyn som kan gi veiledning for rettsanvendelsen her:¹⁰¹

”Hvis rettsordenen påla entreprenøren å bære risikoen for hindringer som man nok vet kan inntreffe, men som man normalt ikke regner med, måtte entreprenøren legge inn et betydelig risikotillegg i sitt anbud. Prissettingen blir mer rasjonell hvis entreprenøren kan basere anbudet på en normalsituasjon, med rett til å kreve tilleggsbetaling dersom forholdene viser seg å avvike så sterkt fra det normale at hans kalkyler sprekker helt.”

Byggherren bør derfor være nærmest til å bære risikoen i disse tilfeller. Samme retning Hørlyck, som hevder at dette må fritta totalentreprenøren for risiko, fordi de uventede grunnforholdene uansett ikke ville blitt oppdaget ved prosjekteringen. Det er således naturlig at denne risikoen bør bæres av byggherren selv.¹⁰²

¹⁰⁰ Jfr. Rt. 1917 side 673 og drøftelse foran under pkt.. 3.3.

¹⁰¹ RG 1992 side 728. ”Tirranna II”.

¹⁰² ”Totalentreprise” s. 70-74.

4.6.4 Konklusjon

Konklusjonen må etter mitt skjønn være klar. Totalentreprenøren bærer risikoen for forsinkelser og merkostnader som følge av grunnforholdsproblemer han kunne tatt i betraktning før inngivelsen av tilbudet.

Dette må gjelde selv om det verken var praktisk eller økonomisk mulig å avdekke grunnforholdene på forhånd. Selv om det kan anføres gode grunner for at byggherren bør bære risikoen i disse tilfeller, jfr. pkt. 4.6.3 ovenfor, så peker både ordlyden i pkt. 8.2.2 og rettspraksis entydig mot at gjeldende rettsregel er at totalentreprenøren sitter med risikoen også for disse tilfeller.

4.6.5 NS 3431 er ikke vedtatt som del av kontrakten

Borgarting lagmannsretts dom av 18. oktober 1999 gjaldt en entreprisekontrakt i forbrukerforhold, og dommen bygget på hvtjl. §33(b) og alminnelig entrepriseregler.

Entreprenøren hadde påtatt seg drenering og senking av kjelleren i en boligeiendom.

Byggherren ga på befaringen opplysninger om at grunnen besto av flussberg, som er en bergart som lett lar seg drive ut med maskin. Det viste seg imidlertid at grunnen i det vesentlige besto av hardt fjell.

Problemstillingen ble derfor hvem av partene som måtte bære risikoen for de uforutsette grunnforholdene. Opplysningene fra byggherren var av avgjørende betydning for lagmannsrettens risikovurdering:

”Etter lagmannsrettens vurdering burde heller ikke Olav Øye AS ha tatt høyde for risikoen for hardt fjell i tilbudet[...] Sentralt ved denne vurderingen står opplysningen som ble gitt om skarpfjell. Riktignok kom den fra Forfang under befaringen forut for tilbudet. Men Blåsno var tilstede og han ga ikke uttrykk for noen reservasjon med hensyn til hvorledes det tilsvarende kunne ligge an i grunnen under hans bolig.”

Hensynet til at entreprenøren var profesjonell grunnentreprenør med særlig erfaring og kunnskap om de lokale grunnforholdene, talte imidlertid mot ham.

Allikevel kom en enstemmig lagmannsrett til at byggherren måtte bære risikoen selv.

Som det fremgår, gjaldt dette en totalentreprise der byggherren var forbruker.

Dommen har imidlertid også interesse for profesjonelle forhold. Det sentrale i dommen var at byggherren valgte å gi opplysninger om grunnforholdene, som entreprenøren bygget sitt pristilbud på. Når disse opplysningene viste seg å være feil, så måtte dette ligge i byggherrens eget risikoområde. Når dette fremholdes i forbrukerforhold, må det enn mer gjelde for entrepriseforhold med profesjonelle parter på *begge* sider.

Det er imidlertid en problemstilling at oppfyllelsen av kontrakten blir vesentlig mer tyngende og kostbar enn entreprenøren regnet med ved inngivelsen av anbudet.

Det reiser spørsmålet om det ikke må være en begrensning for hvor mye totalentreprenøren må tåle av ekstrakostander som følge av uforutsette problemer.

5 Litteraturliste

- | | |
|---------------------|---|
| Barbo, Jan Einar | Kontraktsomlegging i entrepriseforhold, Oslo 1997 |
| Barbo, Jan Einar | Totalentreprise – særlig om entreprenørens
prosjekteringssisiko, [Oslo] 1990 |
| Eckhoff, Torstein | Rettskildelære , 5.utg. v/ Jan Helgesen, Oslo 2001 |
| Hagstrøm, Viggo | Obligasjonsrett i samarbeid med Magnus Aarbakke, Oslo
2003 |
| Hagstrøm,Viggo | Entrepriserett, Utvalgte emner, Oslo 1997 |
| Hedberg, Stig | Kommentarer till AB 04, Stockholm 2006 |
| Hov, Jo | Kontraktsrett I, 3. utg., Oslo 2002 |
| Hørlyck, Erik | Entreprise & licitation, 5.udg., [København] 1998 |
| Hørlyck, Erik | Totalentreprise, 2.udg., [København] 1994 |
| Höök, Rolf | Entreprenadjuridik, 5.uppl., Stockholm 2008 |
| Kolrud m.fl. | Helge Jakob Kolrud, Olav Bergsaker, Ola Brekken, Inger-
Johanne Lund, Svein Arild Pihlstrøm og Stein Erik Stinessen
Kommentar til NS 3430 |
| Liman, Lars-Otto | Entreprenad- och konsulträtt, 8.utg., Stockholm 2007 |
| Lindahl m.fl. | Alf G.Lindahl, Østen Malmberg og Alf-Erik Norén,
Entreprenad AB 92 och Kontraktsformulär 1/92 och 2/92,
Stockholm 1994 |
| Marthinussen m.fl | Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen
Arvesen m.fl., NS 8405 med kommentarer, 2.utg., Oslo 2006 |
| Nygaard, Nils | Rettsgrunnlag og standpunkt, Bergen 1999 |
| Sandvik,Tore | Entreprenørrisikoen, Oslo 1966 |
| Sandvik,Tore | Kommentar til NS 3401, Bergen-Oslo-Stavanger-
Tromsø,1977 |
| Vagner, Hans Henrik | Entrepriseret, 4. ugd., København 2005 |

Woxholth, Geir

Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 4.utg., Oslo 2002

